Michaelis Pastor consilia

1

1

1º



RESPONSVM IVRIS PRO IOANNE

DE HEREDIA, IN CAVSA INTER IPSVM
ET HIERONYMVM FRATREM VERTENTI IN IVDITIO APPREHENSIONIS, IN
CVRIA ILLVSTRISSIMI D. D. MARTINI
BAPTISTA DE LA NVÇA,
IVSTITIÆ ARAGONVM.



CÆSARAVGVSTÆ.

Cum licentia, ex Typographia Laurentij
Robles, Regni Aragonum, & Vniuersitatis Typographi. M DC VIII.

RELIGIOSISSIMO, OMNIQ; virtutum,& laudum genere ornatißimo viro Patri ſuo obſeruantißimo Fratri Hieronymo Baptiſta de la Nuça, Theologiæ inſigni Magiſtro, Sacri Ordinis Dominicani ſplendori eximio.

Michael Paſtor, Liberalium Artium. & V. I. Doctor ſummam precatur foelicitatem.



DECIMVS iam agitur annus (doctißime, & religioſißime Pater) ex quo hortatu tuo, quidq; impulſu, & mandato ab Oſcenſi antiquißimo Gymnaſio in quo integro ſeptenio ius Pontificium primariè interprætatus fueram: ad hanc Cæſaream Auguſtam Ciuitatem, (Aduocati munere functurus) domicilium euocaui. Inter omnes autem cauſas, quarum interim aſtiti patrocinio (quæ penè ſunt innumeræ) illa præ ceteris quæ nunc vertitur in Curia Illuſtrißimi Domini Don Martin Baptiſta de la Nuça incliti huius, ac fidelißimi Aragonum Regni meritißimi, ac integerrimi Iuſtitiæ fratris tui (quem ob eximiam eruditionem, doctrinam, cæteraſque animi dotes omnes colunt Ego vero multum veneror, & ſuſpicio) inter Ioannem, & Hieronymum de Heredia fratres, ardua, difficilis, inuoluta, ac ſubtilitate plena eſt. Quæq; pro candida, æqua, iuſta reſolutione, & determinatione, diſtinctione, & ingenio eget. Scripſeram in ea ante habitū poſteriorē congreſum, & diſceptationem cum doctißimis, & æquißimis Dominis Iudicibus ſumma capita, ad quæ huiuſcemodi negotium reduci videretur. Quæ tamen deinceps (ea eſt eorundem integerrimorum Dominorum Iudicum in diſcutiendis, & reſoluendis cauſis, duce præſertim tali, ac tanto Præſide, ſolers induſtria, eximaque eruditio) tale, ac tantum acceperunt incrementum, vt viſum fuerit comodius omnia ab integro examinata, elaborata, & in vnum congeſta ſub cælebri tuo nomine euulgare. A quo vniuerſi Orbis vberrimo ſacræ Theologiæ fonte in hac cauſa potero enoceri in omnibus, ſed præſertim in eo articulo, an actio ſuſpendi poſſit concurrentibus agente valente agere, & ſubiecto benè diſpoſito; de quo materiam huius cauſæ pertractans communis noſter præceptor Bartolus in l.ſerui electione.ff.de leg.1. plures Bacchalaureos & Magiſtros in Theologia interrogaſſe refert. Erit mihi præterea iucundißimum publicum perhibuiſſe teſtimonium vinculi ſtrictißimi, quo multos ante annos Parentes meos, ac me multis nominibus deuinxiſti, tuoque obſe-

† 2 quio

Promis-

Index.

LAVS DEO.

RESPONSVM IVRIS, PRO IOANNE DE HEREDIA.

D. Michaëlis Pastor.

Initium a Domino.



LAVRENtius de Heredia, Hieronymi, & Ioanis nūc contendētiū Auus Paternus, bonorū apprehensorum dominus, & possessor, die 17. Decēbris, anni 1555. illa, Ioanni de Heredia filio, in pactis dotalibus ipsius, & Marquesiæ Boteller, propter nuptias donauit, sub expræssa prohibitione alienandi, & vinculo q̄. *Aquells, y aquelles, integrament, y sens detraccio de quarta Falcidia, Trebellianica, o altre qualseuol dret, torne, e peruinguen tots junts a vn fill mascle, legitim y natural del dit* Ioan de Heredia, *lo que ell dit* Ioan de Heredia, *volrra, si molts seran y sino sera mes de vn mascle, integrament adaquell dites heretats, &c.* Dissoluto, pro vt domino placuit dicto matrimonio, idem Ioannes de Heredia contraxit cum Domina Beatrice de Foces: & in pactis dotalibus, inter alia sequens fuit conscriptum. *Item es pactado y concordado, entre dichas partes, quel dicho* Iuan de Heredia, *sea tenido y obligado, segun que por los presentes se obliga, a disponer en los hijos mascles, que Dios le diere del presente matrimonio: si fueren muchos, en aquel que quisiere, a su voluntad, y conforme a como estan los vinclos de su casa: o sino tuuiere sino vn hijo, sea tenido disponer en aquel, &c.* Deinceps Ioannes de Heredia prefatus, Ioannem ipsius, & Marquesiæ Boteller filium (cuius partes agimus) cum Magdalena Ambert matrimonio collocauit, effectualiterq; elegit in successorem bonorum apprehensorum, sub plenissimæ donationis propter nuptias instrumento, cum clausulis irreuocabilitatis, & præsentialis, traslationis dominij, retēto partim vsufructu. Et deniq; in eisdem bonis nominauit, & constituit hæredē ex iis filijs Hieronymū de Heredia aduersarium. Mortuo Ioanne de Heredia, sub iis ordinationibus, & dispositionibus, intra annū, & diem, iuxta dispositionem fori *a vezes*, de apprehensionibus, contēditur inter dictos Ioannem, & Hieronymum fratres, super successione bonorum apprehensorum, in hoc processu. In quo vniuersa difficultas reducitur, & cōsistit in eo, vt videamus † an promissio de eligendo vnum ex filiis secundi matrimonij, 1

trimonij, quod cum domina Beatrice de Foces, Ioannes de Heredia parens Hieronymi, & Ioannis nunc contendentium, properabat contrahere, habeat effectus, virtutem, & efficatiam actualis, & veræ nominationis; ita quod eligendi facultas a Laurentio commissa eo actu cōsumpta sit, & extincta, obstetq; eidem Ioanni patri, ne vigore arbitrij, & facultatis sibi concessæ a Laurentio de Heredia, in suis primis pactis dotalibus, eligendi ad successionem horum bonorum alterum ex filiis suis masculis cuiuscumq; matrimonij: deinceps potuerit Ioannem de Heredia filiū suum primogenitum effectualiter eligere, & nominare. Si etenim iuris esset, quod promissio de eligendo, & nominando æquipararetur electioni perfectæ, ita vt expleta censenda esset nominādi facultas, potiores essent partes Hieronymi aduersarij, & Ioannes succumberet in hac causa, vtpote qui præcedente fratris sui effectuali electione, & nominatione consumptaque dicta facultate a parente eligi, & nominari minime potuerit. Econuerso autem si nihilominus facultas eligendi integra Ioanni electori, & illesa mansisset, contrarium, & pro Ioanne de Heredia verè, & perfectè electo iudicandum erit.

Et prima quidē cōsideratione forsam videbitur potiores futuras partes Hieronymi aduersarij in huiusmodi causa, & successione sequenti vnico medio, & syllogismo ad
2 quod † quidquid pro eius parte excogitari potest, reducitur. Quādo
1 facultas, & potestas eligēdi, & nominandi competit hæredi vigore substitutionis passiuę inter aliquos de familia sine temporis determinatione, sed indefinite, & indiferēter, vt omni casu, tempore, & dispositione fiat, facta semel electione, & nominatione electo ius efficax acquiritur. l. vnum ex familia in principio, & in. §. si de falcidia vbi communis omnium schola, & late Petr. de Peralta consonat tex. in. l. post mortem. C. de fideicommiss. Perpetuum enim esse videtur in eligēdi facultate, vt semel electione facta, expiret. l. serui electione. de legat. 1. siue electio competat legatario, vt in l. apud Aufidium. 20. de opt. legat. siue competat ipsi hæredi grauato. l. huiusmodi. 86. §. stichū de legat. 1. l. statu liberis. 11. de leg. 2. tradit Bart. & comm. schola vtrobiq; late Tiraquel. in. l. Boues. §. hoc sermone de verbor. significat. in princ. Sed sic est, quod Ioan. de Heredia hæres, vel donatarius Laurentij, post quem hæc bona in alterum, ex filiis suis masculis, cuiusuis matrimonij, quem eligeret, & nominaret erant integre per vētura ex Aui volūtate, & dispositione, elegit ante secūdam electionē Ioannis clientis filium primi, alterum ex filiis posterioris matrimonij, ac proinde Hieronymū aduersarium, eandemq; electionem, & nominationem in suo testamento confirmauit: ergo posterior, & secūda electio, facta de persona Ioānis de Heredia, nulla est ac sine effectu.

Discursus legitimus est. Maior propositio procedere videtur (cum declarationibus tamē infra in discursu ad maiorem eius intelligentiam, pro causæ decisione eleganter subiciendis, & discutiendis,) & conclusio procederet (sub eisdem

tamen

tamē declarationibus) si Assūptio, & minor propositio vera esset. In cuius confirmatione veroq; sensu illius maioris propositionis, decisionis huius causæ ratio consistit, & ab iis ipsa tota pendet.

3 Et primo † probari videtur, minor & assumptio, ex originali doctrina Ioan. Andr. ad Speculat. tit. de obligation. & solutionib. in rub. vbi docet, eū qui se obligauit, vel promissit se obligaturum ad dandum decem, immediatè cogi posse decē persoluere, vt euitetur circuitus. Quæ doctrina Ioannis Andreæ, in hoc Regno approbata videtur in obseruant. Item sciendum. de rerū testat. qua cauetur ꝙ qui habet ius, vt pignus in re sibi cōstituatur: possit agere ad distractionē, & venditionem eiusdem, cum antelatione creditorum, quibus postmodū eadem res hyppothecata fuit.

4 Et in specie. Secūdo: Quod promissio † de donādo donationi æquiparetur, Bartol. docet in l. iurisgentium. in princ. ff. de pactis. glo. manifestauerit, in §. aliæ. de donatio. quam sic intelligendam resoluit Pine. in l. 2. 2. p. c. 3. nu. 30. C. de rescindenda venditione. Ex quibus omnibus probari videtur illa minor propositio, & ex consequenti conclusio, & intentio Hieronymi de Heredia aduersarij.

5 Insuper tertiò: Quia quando † ad interrogationem eius, cuius interest, ille, cui eligendi facultas cōpetit, responderit, etiam per verba futuri temporis (volo eligere) tūc electio de præsenti effectualis resultat ex casu fallentiali Bartoli in d. l. Serui electione, quem Iass. approbat. ibi. n. 20. & 30.

6 Quartò. Quia † cessat ratio in Aragonia, qua de iure electio Ioānis valeret: quia scilicet filijs secūdi matrimonij, posset satisfieri, soluēdo interesse; quod in Aragonia nō habet locum, cū præcisè promissior ad factū obliguetur, ex notatis per Pleba. §. Pactum. numeto. 16. & 17.

Quintò. Ad inducendum fideicommissum, † nec de iure, nec in Regno differētia cōstituēda est, inter verba obliqua, vel directa: & saltē quoad exclusionē filiorū aliorū matrimoniorum aptissima sunt verba dictę promissionis Ioānis, quæq; tametsi electionem suspendāt, seu secundi, exclusionem tamen, cæterorum statim, ac de præsenti operātur. l. peto. §. fratre. de leg. 2. Guilielmus Benedictus. in c. Raynuntius. ver. Duas habens filias. numero. 201. 7

Sextò. Quamuis † ius acquisitū filiis posterioris matrimonij, sub conditione natiuitatis illorum, esset suspēsum, ideoq; electio Ioānis, sub periculo retractationis, interim substineretur, eis tamen natis, retractatur, deniq; auocant eos a tertio possessore. l. fi. §. sin autem, sub cōditione. C. cōmunia de legatis, & ex retractatione suo principio restituitur. 8

Septimò. Verbum (promitto † eligere) electionem continet: sicut verbum (relinquere volo) dispositionem. l. Pamphilo. §. propositum. de leg. 3. 9

Octauò. Qui † pro securitate dictæ promissionis Ioannes de Heredia bona sua hyppothecauit, hyppotheca autem translationē dominij in alium impedit. l. si creditor. §. fi. de distractio. pig. 10

Verum re ipsa maturius considerata

cripta electioni, obseruata fuit in promisione de eligendo in certum filium, de certis futuri matrimonij, cum ipse statuerit quod vnus a Ioanne filio eligeretur, quare ante obseruatam complete hanc formam, variationi semper fuit locus. Alciatus supra numer. 4. Et interim quod specifice adimpleretur, primogenito Ioannis cuiusuis matrimonij præseruatũ fuit Ius successionis ex prouisione Auita & iuris, cui cúm accesserit cõpleta, & irreuocabilis lege contractus electio Ioannis, & sic iuris irreuocabilis acquisitio, innane est fomentum quod in suo testamẽto Elector tribuit Hieronymo.

Præterea inter requisita essentialia completæ electionis, ad effectum euacuandi & consumendi facultatem elligendi (in his enim terminis præsens causa disputanda & resoluenda est, & non ex generalibus, & brocardicis, Doctorum traditionibus) refertur vnanimiter ab omni schola glossarum & interpretum vnum, ex quo punctualiter deciditur huiusmodi controuersia pro Ioanne de Heredia, videlicet quod Elector aptis verbis
16 † vtatur, nec enim satis est si diceret (se promittere eligere,) nec si (se velle eligere,) sed opus est præsenti actu, vt quia dicat eligo talem, verbum enim (volo,) & strictius verbum (promitto eligere, vel aliud quod facere,) est suspensiuum l. si quis stipulatur de ver. obligatio. Optio autẽ, vel electio inter actus legitimos diem vel conditionẽ respuentes enumeratur. l. actus legitimi de reg. iuris, & ita quod ex istis verbis solus consensus primi motus colligatur substantia actus in futurũ suspensa latè & pulchrè ex Barto. docet omnino videndus Alciatus, supra numer. 7. & hoc est, quod tradit Mieres d. quæst. 48. num. 59. ex verbis electoris ad fideicõmissum (volo eligere Petrum) resultare aliquam voluntatem de præsenti actus eliciti quem disponunt, sed minime præseferre, nec significare voluntatem pręsẽtis actus imperati, nec aliquid de ipso actu imperato, quæ est ipsa realis electio, disponunt, sed illud annunciãt dumtaxat, vnde ex vi illorum verborum non colligitur actualis electio, sed quædam tendentia in futurã electionem, verba sunt elegantissima Melchoris Palaez Mieres, vbi supra.

Hæc omnia procedunt in longe vrgentioribus terminis, vbi non datur alius actus completę electionis, & variatio, sed ad effectũ resoluendi quis esset admittendus in viam iuris, & in is terminis loquitur Socinus Senior in cons. 86. lib. 3. per totum, & Iunior in cons. 179. lib. 2. quos refert Mieres vbi supra. Et quamquã, ne in hoc hæsitare † 17
contingat, Mieres eo loci, resoluat, ex contrarijs coniecturis posse similia verba electionem completã inducere, animaduerto id verum esse, nullas tamen hic tales subesse imò contrarias, vt iudicandum sit pro electionis suspẽsione. Illic enim erant verba præsentis temporis, relata ad certã, & determinatam personam, & in casu in quo disponens ordinauerat, vt fieret à comissario melioratio tertij, & quinti iuxta Leges Tauri, in vnum ex filijs suis, vel constitueret maioratũ in quo casu, vbi dixisset (volo eligere talem) serio, ac deliberate vt col-

colligatur præsens consensus, tūc inquit Mieres quod esset electio. At secus est in nostro casu in quo verba sunt suspēsę in futurū voluntatis inductiua, nec adest certum subiectum in quod electio cadat. Imo illud euanuit natis ex eo matrimonio pluribus filijs ob in certitudinem, quo casu ius eligendi integrum manet, & ab integro electio fieri potest.

Nec obstat saltem, respectu filiorum secundi matrimonij completam dari voluntatem Ioannis electoris ex dicta promissione de eligendo alterum ex illis. Quoniā nihilominus eadem ratio, imo vrgentior militat quando vnus ex certis eligitur, & tamen communis admittit variationē secundū distinctionem casuum supra relatorum. Et cum ex euentu, natis pluribus, nemo electus dici possit, in difficile est, quod potest de nouo eligere, & vbi res ad legis ministerium deferenda esset, Ioannes primogenit⁹ ex dispositione Aui & iuris pręferendus esset, cū certæ nominationi Hieronymi in testamēto factæ obstet, & sit impedimēto præcedens Ioan. nominatio, & electio.

18 Qua in re Ludouicus † Molina lib. 2. de Hispano. primog. capit. 4. ex num. 22. cum seqq. plures casus distinguit, quos ego, ex Iurisconsultorum, & cōmunis omniū scholæ mente (vt vera habeatur resolutio, & totius materiæ, & huius controuersiæ) ad sequentes reddu co. Primus casus est quando dispo nens, fideicōmitens, aut facultatem eligendi in certum de certis ad fideicōmissum alicui concedens præcisse, & expræsse se refert ad tempus mortis eligere debentis, vt cum moriatur eligat, tametsi serio, ac complete per quemcum que contractum elegerit variare, tamen poterit quoties voluerit, & in hoc casu distinguendum non est, num eligendi facultas competat ex contractu, vel ex vltima voluntate. Ratio mihi esse videtur duplex. Altera quod cum disponens voluerit quod mortis tempore electio fieret, ius efficax existentibus eo tempore fuit acquisitum ex ipsi⁹ prouisione ad cōflictum, & cō cursum electionis, quod ex præmatura electione eis Elector, auellere non potest, hanc assignat Molina d. cap. 4. num. 23. licet non sic eam explicet. Altera quia huiusmodi electiones fieri debent ab electore in forma specifice cōmissa a primo disponēte, non solum in substantia l. si tibi §. vnius ff. de optio. leg. sed etiam in tempore d. l. cum pater. §. a filia d. l. vnum ex familia in fine principij. Habet enim & tempus vim cuiusdam formæ. Authētica quæ supplicatio. C. de præcibus Imp. offer. cum igitur tempus mortis a disponente præstituatur, vt electio fiat, alias & in vita facta nulla est, & in efficax, ita in terminis pulchre docet Alciatus in d. l. serui electione. num. 3. Quod intellegerem, vt mutari possit voluntas, si enim sub illa electione obierit Elector, velut confirmata vel facta tempore mortis debitæ formę restituitur, viresque summit velut ex tunc, id quod esse cō muniter receptum ex glos. Barto. Iasso. & Ripa. profitetur Molina. d. c. 4. n. 24. & 34.

Secundus casus est quando eligendi † facultas indefinite cōmissa fuit

ſa fuit, vel ita, vt tam in vita, quam
in morte fieret. In quo Ludoui-
cus de Molina ſupra numer. 35. di-
ſtinguit inter contractus, & vlti-
mas voluntates, vt ſi competat
ex contractu ſemel elector variare
poſſit. l. eum qui certarum. §. fin de
ver. obli. gloſ. in l. ſtatu liberum. §.
ſtich cum ver. non poterit. de leg. 1.
eſt cõmunis ſecundum Molinam
qui plures d. num. 35. & 36.

Si vero ex vltima voluntate, ſub
diſtinguit, quia vel electio fuit fa-
cta in vltima voluntate, & ſubia-
cet reuocationi vſque ad mor-
tem electoris, vel in contractu, &
reuocari nulla ratione poteſt, com
munis eſt omnium ex Molina ſu-
pra. num. 37.

Ex quibus, vt ad applicationẽ
perueniamus, in caſu noſtro perſ-
picuum eſt, Ioanni de Heredia ele
ctori a Laurẽtio diſponente in cõ-
tractu pactorum dotalium faculta-
tem nominandi fuiſſe conceſſam
nulla vitæ, aut mortis facta ſpeci-
fica mentione, ſed indeterminate
ac indefinite, vt bona apprehenſa
peruenirent in alterum ex filijs
ipſius electoris maſculum, quem
eligeret. Modo ſic, vel ex promiſsio
ne de eligendo filium ex Domina
Beatrice de Foces ex ſecundo ma-
trimonio reſultat electio, & nomi-
natio, & ius dominij in his bonis;
vel non, ſed actio vt promiſſio ad
impleatur, & ex poſt fiat nomina-
tio, & electio, non eſt dare me-
dium, eligat quod maluerit Hiero
nymus de Heredia aduerſarius. Si
20 dixerit primum † prout dicit, &
clamat in libello, quod ex dicta
promiſſione ſubſultet electio, &
nominatio perfecta & cõpleta (quę
tamen omni bene conſtitutæ iuriſ-
prudentiæ repugnat, & contradi-
cit) ex textuali gloſarum, & om-
nium ſcribentiũ receptiſsima, &
concordi ſentẽtia nõ ideo minus
integra manet iterum alium filiũ
eligendi, & ſemel variãdi facultas
Cũ igitur ea vſus fuerit Ioannes
de Heredia elector in pactis dota-
libus Ioannis Clientis, & Magdale
næ Ambert eius vxoris, ipſe obti-
nere, & præferri debet, ſoluſq; do-
minus cenſeri bonorum huius fi-
deicommiſſi electiui. Si autem di-
xerit ſecundum, quod ex ea pro-
miſsione de eligẽdo alterum ex fi-
liis poſterioris matrimonij non re-
ſultet electio, ſed ſola perſonalis ac
tio, ad factũ, vel intereſſe, ipſemet
pro fratre diceret ſentẽtiam, ſiqui-
dem, nõ facta & completa electio-
ne; quidquid de illa facienda præ-
meditatum, tractatum, vel repro-
miſſum fuerit (ſine determinatio-
ne præſertim certæ, & indiuiduę
perſonæ) a fortiori integra mane-
bit eligendi facultas; vt notius eſt
quã quod egeat probatione, & apa
rebit vberius ex alio fundamento
mox ſubijciẽdo. Maneat igitur pac
tum, vel promiſſio de eligẽdo filiũ
ex ſecundo matrimonio in termi-
nis elicitæ voluntatis, deinceps ad
realitatem, & exiſtentiam deducẽ-
dæ, vt cõtẽdimus, vel habeat effec
tum perfectæ, & completæ nomi-
nationis, vt aduerſarius exiſtimat;
potuit nihilominus Ioannes de He
redia, vel eſſentialiter, ac integre
primo eligere perfectè: quia inte-
rim quod in ſpecifica forma com-
pleta electio facta fuiſſet, liberas
ædes habuit ad iterum eligẽdum:
vt infra clariſſime patebit. Vel ſa-
nè quamuis † perfecta eſſet ſimpli 21
citer facta, ex contractu facultate
con-

concessa, non aposita irreuocabilitatis lege, nec sequuta vera, aut præsumpta traditione rerum, & dominij trãslatione, semel variare licuit, vt præter receptissimam Ludouici de Molina resolutionem supra allegatam, ita tenet Bart. in d. l. serui electione. num. 2. cuius sententiam probat Aretinus ibi, in prin. licet improbet rationem discrimnis à Barto. in hoc assignatam inter ius eligendi competens ex vltima voluntate, vel ex contractu, Imo. num. 1. Angelus in princ. & glos. fin. ibi Iason. num. 10. in fine, Ripa num. 15. Zasius num. fin. Alex. num. 6. Paulus de Castro. num. 1. expresse Caldas de nominatione. quæst. 10. num. 83. vers. qui inferunt contrarium. Et ratio est secundum Alciatum in d. l. serui electione. num. 2. qnia in vltimis voluntatibus regulariter, electio trahit secum executionem paratam ex dominij translatione, quod facta electione, transit recta via. l. apud Aufidium. de optio. leg. d. l. serui electione, cum concordantibus, secus in contractibus, quia in illis regulariter absque traditione dominum non transit, & licitum est variare. l. eum qui certarum. §. fin. de verb. oblig. Vnde præ ceteris elegantius infert Alciatus, quod vbi contigisset, ex electione vltimæ voluntatis vigore facta, dominum non transferri, variationi locus esset, quæ sententia ex Angelo, Catrense, & Iasone, placet sibi, quid quid minus rectè contrarium dixerit Alex. ibidem. Et e conuerso, si ex contractu contingat sic fieri electionem, quod ex ea dominum statim queratur, variare minime licebit, vt si quis donasset seruũ, quẽ Ecclesia elegisset l. fin. C. de sacros Eccl. Quæ† theorica mire conuenit determinationi huius causæ, potuit enim Ioãnes eligere Primogenitũ, quia antecedens actus promissionis eligendi filium secundi matrimonij, mansit in terminis eliciti consensus, & nudæ promissionis de eligẽdo, & quia ob non seruátam formam Laurẽtij, & propter in perfectionem, & suspensionem actus, sui natura purissimi, nec non & propter incertitudinẽ electi fuisset nulla (esto quod intercessisset) electio, nec ex ea sopita, aut in aliquo restricta eligendi facultas posset censeri, quod sic determinat glos. in d. l. serui electione. Barto. ibi num. 1. vers. quinto requiritur, & num. 3. & 4. & ex Bald. Aretinus, colum. 2. vers. extra glossam. Imo num. 2. vers. hanc intellige. Bart. in l. 2. §. data. num. 2. & 5. de optione leg. quem sequitur Paulus de Castro in d. l. serui electione, in fine, per tex. in l. quod tamen de arbitris Ias. num. 3 Zas. numer. 2. & 3. Ripa num. 4. Alciatus num. 3. At vero totum contrarium procedit in electione deinde facta de persona Ioannis primogeniti, fuit enim hæc certa, simplex, purissima, perfectissima, omnibus numeris absoluta, sub expræssa lege irreuocabilitatis, & clausulis translationis dominij, quæ in Regno nostro statim illud transtulerũt in Ioannẽ recte, & legitime electũ, ac proinde consumpta ex ijs omnibus fuit facultas iterũ eligẽdi in testamẽto, vt in indiuiduo docet Bartholomeus Socinus in d. l. serui electione. n. 2. vers. Item est error vbi, & punetim ad casum, nostrum in vers. ex qua cõsideratione. docet ex 22

promißione de eligendo certam rem, aut personam, non consummi facultatem eligendi; quia non trahit executionem paratam, nec dominium acquirit, & hoc est quod in effectu voluit Iason. in d. l. serui electione. num. 24. quatenus docet, quod vbi electio trahit secum executionem, tunc etiam per verbum (volo) concepta, est inuariabilis. Et hęc est potissima ratio discriminis, inter contractus, & vltimas voluntates, vt in illis regulariter sit licita variatio, quia vt plurimū ex ea non transfertur dominium, in ijs vero primo actu perfectè & specifice facto consumatur quia prope semper electione facta dominium acquiritur, est ratio I. C. in d. l. apud Aufidium quam tenet glos. in l. huiusmodi. §. stichum vbi Barto. de leg. 1. & alibi, vt per Iason. supra num. 11. qui merito hanc dicit esse omnibus meliorem rationem, ex quo; Angelo, & Catrense ita docet Alcia. ibi num. 2. aduersus Alex. ibidem non rectè in hoc sentitem, & re ab integro perpensa ita magistraliter docebat Petrus Barbosa ad interpretationem tex. in d. l. serui electione, quam auditoribus in Cōnibricensi Lusitano Gimnasio dictauit, de anno 1574. quam lecturam, apud doctißimos Salmanticę magno in prætio habita priuato meo commodo transcripsi.

Vel demus hypothesim, quod negotium † hoc determinandum
23 esset ex dispositione Laurentij de Heredia, & promißione Ioannis in pactis dotalibus D. Beatricis de Fozes disponendi, in alterum ex filijs illius matrimonij, quem ipse eligeret, exclusis pro nūc, & omissis dispositione Capitulorū Ioānis & Magdalenæ Ambert in ipsius Clientis fauorē, & altera dispositione posteriori in testamēto facta ab eodē Ioāne electore in suo vltimo elogio. Interrogarūt aliqui ex Dominis, quid iuris esset hac in specie, quis vè ex fratribus esset successurus Ioannes Cliens, an Hieronymus aduersarius. Cumq; ex huius interrogationis responsione eorūdem Dominorum arbitratu bona pars decisionis huius cōtrouersiæ dependeat, opere prętiū erit breuiter nodum hunc diluere. Respōdeo igitur ex Iuris, & Doctorum mente, quod eo in casu Ioānes de Heredia filius primogenitus Ioannis electoris fuisset ad successionē admittendus. Ratio est inter cæteras, potissima, quia Laurentius ex omnibus filijs, quos procreare cōtigisset Ioannes filius, vnū expresse succedere voluit, quem idem Ioannes elegisset. Quo fit à Laurētio non aliter, nec in alterum bona fuisse translata, nisi Ioannes elector ac Laurentij minister præstitutam formam seruasset, vnum filium certum eligendo, & nominando. Sed sic est, quod natis ex secundo matrimonio pluribus filijs, ex dicta promißione neuter electus, nominatus vè dici potest, imò ęqua lance omnes, nec vnus magis quam alius fuerunt inuitati à Ioanne, vt ius quod ex inde promanarit, æquale sit omnino erga omnes, ergo insufficiens fuit prætensa electio, minus rectè, & minus legitimè facta, ministeriumq; suum Ioannes perperam adimpleuit, nec ex vaga sua, & indeterminata promißione eligendi alterū ex pluribus secerni potest aptum, & cer-

& certũ ſubiectum, in quod influere poſsit Laurentij diſpoſitio. Diſcurſus legitimus eſt. Maior indubia ex Alciato, & cõmuni ſup. relata. Minor, quod vnus nõ ſit electus ex promiſsione eligendi ex pluribus, ſed quod omnes æquale ius habeant in ſpe, certo certior eſt, & ad ſenſum patet, de iure enim cõmuni, & apud omnes nationes, & pręmaximè apud nos, qui actus ſecernimus, & iudicamus, pro vt ex verbis depręhenduntur, nemo dicet conditionem conceptam in caſum nominationis, & electionis vnius certi, & indubitati filij, ſpecifice (pro vt conuenit) adimpleri in promiſsione deinde eligendi alterum ex certis filijs vnius matrimonij. Ac proinde conſequentia procedit, quod ex ea promiſsione eligendi incertum de certis, nec potuit certificari diſpoſitio Laurẽtij, & quod fuit ab omni latere impoſſibile, quod ex ea conditio certæ ac ſpecificæ electionis ſub qua ſubſtitutionem, ac fideicõmiſſum electiuum conſcripſit Laurentius, poſſit verificari.

Hæc exiſtimo vel apud peritiſſimos Hieronymi Aduocatos certa, & indubia futura. Sed inſtant Domini, duo eſſe diſtinguenda

24 † & conſideranda in propoſita ſpecie, & in vniuerſa cauſa. Alterũ in completa, & omnibus numeris abſoluta electione à Ioanne facienda, hancq; minimè ſubſultaſſe ex promiſſione de eligendo vnum ex certis filijs, ſecundi nempe matrimonij admittunt, verum quis id contra ſenſum naturalem, & ea quæ oculus cernit negare poterit? Alterum verò in reſtringẽdo ſeſe Ioãne, eligendiq; ius coarctãdo ad filios ſecundi matrimonij, & contendunt hoc reſpectu, vires protinus ad ſumpſiſſe promiſsionem cũ excluſione Ioannis filij antecedentis matrimonij.

Quod tamen ſicut dictu facile eſt, ita ſanè intellectu, rem hanc ex integro perpedentibus, ac ſecundum iuris regulas indiuiduas, & terminãtes (vt generaliores quę procul in determinationibus cauſarum abijciendę ſunt omittamus) conſiderantibus, difficilimum, retenta hactenus hypotheſi priori, ac prætermiſſis pro nunc duabus alijs completis electionibus contrarijs â Ioãne de Heredia factis, imò proſus impoſſibile. Primò quia (vbi variatio eſſet prohibita & vnico actu explẽda) interim quod illa omnino & iuxta pręſcriptam à diſponẽte formam perficitur, & ſuis omnibus partibus abſoluitur, in inuitatis ad concurſum electionis ius ad concurrendum, eouſq; protenſum competit, & defertur à fideicõmitente, quod alias quam per completam electionem contra defuncti voluntatem elector à mouere non poteſt. Hæc eſt ratio quare vbi tempus ad electionem faciendam præſtituitur, ex illa antea facta non tollitur eligendi, & variandi facultas vt aduertit Molina d. lib. 2. c. 4. num. 22. verſ. cum enim elector, cum diſtinctione tamẽ caſuum ſupra ex eodẽ Molina propoſitorum. Quæ ratio idẽtidem militat, quando alias ratione formæ non obſeruatę, aut non completę electio nulla eſt, & inefficax, nec verbis conſtituentis conuenit, vt in caſu noſtro: in quo donec fiat certa, & perfecta electio omnes ad eã vocantur à Lau-

 rentio,

rentio, nec electori fas est subiectum passiuum huius electionis, per alios actus pręterq; per electionem perfectam contra mentē, & verba fideicomittentis restringere.

25 Secundo quia † cum electio integrum esse, substantiam, & realitatem accipiat, deinceps quando fit, cōcurrunt eodē casu, & tēpore duæ cōtratiæ dispositiones, ac voluntates, altera Laurētij, quæ non nisi perfecta certa electione filet, præcipientis verbis indefinitis, quod omnes filij concurrant ad electionem, & quod ex omnibus ea fiat, altera Ioānis electoris promittētis se electionē ex secundi matrimonij facturū filijs, cumq; ad inuicē repugnent, indubie præualere debet volūtas Laurētij, qui bonis, & successioni pro libito legem dicere potuit.

26 Tertio quia est receptissimum † quod donec aliquid superest electioni pro complemento formæ designatæ à disponente, quidquid in ea progressum est inutile censetur, ac pro non facto habetur, nec illis in quorum fauorem procedere cæpit aliquod ius tribuit, nec ius electori non ex se, sed ex voluntate disponentis compētās restringit, quod ex l.2. de optio. legata docet Alciatus vbi supra. d.n.3. Donec igitur Ioanni super erat omnis fere substantia electionis, quæ in designatione filij certi consistebat peragenda, ius illud quod in spe ex promissione eligendi visum fuit oriri erga filios secundi matrimonij, euanuit, cum Laurentius non eam arctationem, sed peculiarem, ac indiuiduam electionem certi filij comississet, & in reliquo nihil omnino egit.

Quarto demum versatur in hoc voluntatis † Laurentij magnus fabor, qui non facta electione vnius ex filijs, nō commissit Ioāni restrictionem legalis successionis, imò id ex vi compræhensiua verborum prohibuisse censendus est. 27
Hæc consideratio securim ad radicem admouere videtur, non facta enim in forma demandata à Ioanne certi filij nominatione, & electione, stant ab vna parte Laurentius vinculans, & ius communi ad successionem vocans Ioannem primogenitum, & filium primi matrimonij, ex altera Ioannes elector in alienis bonis, præter, imò contra præscriptam formam ex promissione vocantis filios posterioris matrimonij. Ergo non influit lex in primogenitum huius matrimonij, sed in vere, ac realiter primogenitum, qui est Ioannes, qui magis dilectus videri debet Laurentio, cum matrimonij, ex quo ipse fuit procreatus contemplatione donationem, & substitutionem fecerit. Et non facta electione à Ioanne certi filij, pro vt ex promissione facta non fuit, non minus efficaciter vocatus est à lege, Ioannes primogenitus, quam si Laurentius eidem particulariter in hoc casu prouidisset, ex Gregō. Lopez, & Guidone Papæ sic resoluit Mieres. d.q.48. num.3. licet ipse omnes à iure esse admittendos sentiat, sed manet postmodum in opinione Gregorij Lopez, & quidem merito, cum forma data sit successioni à Laurentio de Heredia. Ex ijs quidem, explosis alijs duabus dispositionibus Ioannis electoris, de quibus mox sermonem institue-

instituemus, constitutum, & manifestum est, ex nuda promißione de eligendo filium secundi matrimonij ad maioriam, nemini ex illis fuisse ius acquisitum, & rem mansisse in terminis iuris, in quibus, & à Laurentio, & à lege Ioannes primogenitus præfertur in maioratu.

Superest vt videamus nũquid aliquid roboris, & virtutis accesserit dictæ promißioni, ex vltima Ioãnis testamentaria nominatione, & electione Hieronymi. Et quidem nihil accisisse patebit, ex quo interim
28 ex integro sub lege, † irreuocabilitatis, & cum traditione, & translatione dominij elegit, & nominauit Ioannem filium suum primogenitum. Cui electioni promißio de eligendo ex alijs non potuit esse impedimento, quia cum non fuisset completa, & perfecta habetur ac si non intercesisset ad effectũ realiter eligendi, latißime Tiraq. in l. boues. §. hoc sermone, limitatione. 1. per totam, vbi multa ad propositum aptißima reffert, & ex Oldrado numero. 12. resoluit præocupatione faciendi actum nunquã induci, nisi per actum perfectum, & omni ex parte completum & multos alios in id citat in terminis iuris Mieres. d. q. 48. num. 45. Nec iterato variare potuit. Tum quia non præcisse ad tempus mortis relata fuit eligendi facultas, sed indistin-
29 cte. Tum etiam, quia † ex contractu promanauat. Et denique quia apposuit expræssam clausulam irreuocabilitatis, & transtulit dominiũ, facta electione, in Ioannem primogenitum, quibus in casibus ius eligendi primo actu perfecto, & ad normam commißionis complete facto, expirat vt in casu in quo apponitur pactũ irreuocabilitatis tenet Peralta. d. num. 29. in d. l. vnum ex familia. Et ratio est, quia elector dum formam vinculantis non prætermittat, sed eã ad vnguem custodiat potest in reliquis legem sibi dicere, & super irreuocabilitate statuere. Quod in generali cõmißione non expresse restricta ad tempus mortis certius est, & comprobatur optimo simili maioratum instituentis, qui quamuis (& si constituatur in contractu,) poßit variare Molina cũ com. lib. 1. cap. 12. numero. 21. similiter appoßita lege irreuocabilitatis à Ioanne electore in cõpleto primo perfectæ electionis actu, & si alias reuocari poßet electio, manet irreuocabilis, vt ex ijs constet doctrinam Peraltæ sæpe relatam. d. num. 29. fore receptißimam.

Hinc etiam profluit, nullam fore habẽdam † ratione hipothecarum 30 appositarum à Ioanne de Heredia electore in pactis dotalibus cum D. Beatrice de Foces. Hæc enim sicut aptæ esse possunt ad recurrendum contra bona eiusdem pro resarciendo damno quod prouenit D. Beatrici, & filijs ob non seruatã promißionis fidem à Ioanne, ita ineptißimæ sunt ad effectũ ex eis consequendi aliquod ius ad fideicõmissum Auitum. Si enim ipse elector prætermisit formam, & inanis fuit promißio sæpe dicta quoad transferendum dominum ex vocatione Laurentij de Heredia, illud vere, ac irreuocabiliter trãslatum fuit in Ioannem, de quo solo Aui substitutio loquitur primo, vere, essentialiter, & perfecte.

Nec inconuenit, quod in Aragonia obligatio facti, non tollatur

ſolutione eius quod intereſt, quoniam id procedit data facultate faciendi, & quamuis intentio D. Beatricis eliſſa maneat, ſtandum nihilominus eſt iuris diſpoſitioni, & voluntati Laurentij de Heredia, quæ ex antea reſolutis concordant pro electione prima, perfecta, & irreuocabili Ioannis primogeniti electoris.

Tertio principaliter fundatur intentio Ioannis de Heredia, quia ipſe excludi non poteſt à Hieronymo fratre, niſi admittamus promiſsionem de nominando alterũ ex filijs ſecundi matrimonij æquiparari veræ, & effectuali nominationi, & electioni. Iure tamen con-
31 trarium † cauetur, quod quamuis promittens donare, vel vendere ad intereſſe teneatur: non tamen donatio, vel venditio pro factis habentur: Paul. Caſtrenſ. in l. in bonæ fidei. de eo quod certo loco communis, in l. cum fundus. §. 1. ſi cert. petat. Et quamquam in Regno data facultate adimplendi promiſſum, & faciendi venditionem, vel donationem nõ liberetur promiſſor ſoluendo intereſſe: imò ad factum præciſſe compellendus ſit, quãdo vero in ſua facultate, factũ non eſt; quia interim perfecte vendidit, vel donauit, & tradidit alteri; tunc idem iuris eſſet in Regno cum non reperiatur ius commune in hoc, in eo antiquatum, imò potius receptũ, & admiſſum cum in eo deciſio l. quoties. & ipſius materia vſu forenſi ſit admiſſa; vt annotat Molin. ver. dominiũ. Quod vero quãquã in hoc (ſicut facilis eſt hominũ conditio ad diſſentiendũ) diuerſæ reperiantur DD. ſententiæ, promiſsio de donando non habeatur pro donatione tenent in terminis Boër. deciſ. 3. Albert. Brunus de ſtatutis art. 6. cap. 3. quæſt. 7. Salicet. in l. 2. C. de cõdict. ob cauſ. Ioann. Faber in. §. alię inſtit. de donat. Alex. in l. iuriſgentium de pactis, ex quibus, & alijs multis hanc partem eſſe veriorem tenet expreſſe Tiraquel. de retract. conuen. ad fin. tituli. num. 48. & in promiſsione de vendendo, de renuntiando, vel de donando, quod non æquiparetur venditioni, renuntiationi, vel donationi ex gloſſ. in d. l. in bonæ fidei. dicit cõmunem opinionem, & quod ſecundum eam ſit iudicandum, & pluries iudicatum per Senatum Theſaurus deciſ. 233. numer. 5. vbi eleganter ad partes diſputat præſentem articulum, & contrarijs reſpondendo illum pro nobis reſoluit.

Neque obſtat quod determinat † idem Theſaur. in num. fin. il- 32
lius deciſsionis: quoniam procedit in caſu fallentiali in quo poſt promiſsionem de vendendo traditio rei venditæ, & plurium annorum perceptio fructuum interceſerat. Hæc enim promiſsionem in realem venditionem transfundunt, & perſuadẽt, ſcripturam pro probatione ſolum deſideratam, in caſu tamen noſtro ſecundum eum. d. numero. 5. nemo contradiceret. Et in promiſsione de vendendo quod euaneſcat per effectualem venditionem tradita re vendita ſecundo emptori habetur in l. quoties. C. de rei vendicat. vbi Doctores, & præſertim Iaſ. quod ex Martino gloſſatore antiquo in §. pretium de contrahend. empt. & ex Bartol. in l. ſtipulationes non diuiduntur. §. Celſus de verbor. obligat.

obligat. & in. l. certi condictio. si cert.pet.resoluit esse communem opinionem Imol.in cap.cum contingat.num.85.in prin.de iur.iuran. quem refert,& approbat Alex. ad Bart,in.d.l. quoties.additione.1.

Quarto intentio Ioannis de Heredia eo fundamento subtiliter, & efficaciter confirmatur, quod in nostris terminis, cum venerint partes ad bona defuncti intra annum, obtinendum est, etiam in hoc inferiori possessorio ex titulo,& proprietate dicto foro, *a vezes*, de aprehens. At conuentione, vel promis-
33 sione † de donando, de vendendo, vel de eligendo, aut nominando, dominium absque traditione non transfertur in emptorem, donatarium, vel eligendum. l. traditionibus,& ibi cõmunis. C.de pact. Et ita in terminis dictæ. l. quoties, quando ex vna parte concurrit titulus anterioris venditionis, vel donationis, & ex altera titulus posterioris, simul cum tradditione, secundus emptor præfertur: quia in eum concurrerunt duo requisita copulatiue ad translationẽ dominij necessaria, nempe titulus venditionis, vel donationis, & traditio: in priore tamen traditione deficiente altero ex requisitis ad translationem dominij, non potest considerari illius translatio, & ita in concursu cedere debet secundo emptori vel donatario cui res tradita fuit. l. siue autem. §. si duobus de public. Ias.in d. l. quoties nu.3. Ant.Gabr.lib.3.commun. titu. de empt.cõclus.2. Rationem assignat Ias.in d.l.quoties nu.39.quod quando duo requiruntur ad causandũ dominium, nempe titulus, & traditio ille præfertur in cuius persona prius ista copulatiuè concurrũt. Igitur Ioannes de Heredia in quo non solũ titulus, sed etiam traditio rei, prius concurrit, Hieronymo fratri præferendus est in huiusmodi successione.

Verum obijci ex aduerso potest fundamentum prædictum coincidere in potissimam huius causæ quæstionem, præmisso quod in hoc Regno ex eius constitutissima praxi, correcto in hoc iure communi ex instrumento contractus venditionis, vel donationis transferatur dominium absque tradditione: ac proinde cum promissio de eligendo filium secundi matrimonij ad huiusmodi fideicommissum præcesserit instrumentalis, si ea veræ nominationi, & electioni æquipollet, vim traditionis habet, ac proinde in Hieronymo duo requisita ad dominij translationem, titulus, nempe & traditio antecedenter concurrere videntur.

Sed respondetur, regulam, & praxim quibus vtimur in hoc Regno, quod ex instrumentis † cõ 34
tractuu, m dominium transferatur iuri esse contrarias, vt prædiximus, & inde nõ extendendas: imò intra cancellos continendas. Quare non obtinebunt nisi in casibus veris, non autem in fictis, vel præsumptis, aut æquiparatis, maxime cum intentio aduersarij in proposito alijs quoque principijs foralibus repugnet, quibus cauetur cartæ standum esse, & Iudices secũdum quod in ea cõtinetur iudicare debere. Et est indubitatum in carta diuersum esse de præsenti donasse, vel eligisse, aut promisisse in futurũ eligere, vel donare vt notanter tradit Dec. in l. cum fundus. §.

 seruum

seruũ tuũ imprudẽs. ex nu.2.si certum petatur, vbi quatuor fundamentis hanc opinionem fortiter confirmat, nonnullaq; pro causæ huius decisione, & praxi nostri Regni admitit. Primo eum qui se obligaturum promissit ad decem, ex vi verborum, ad factum, & non directè ad solutionem posse cõpelli. Secundo quod aliud sit pactum de vendendo, aliud venditio, & aliud pactum de cedẽdo, aliud cessio allegat Romanum con. 86. quidquid igitur esset in viam Iuris, in Regno tñ ista sentẽtia ex quo stemus cartę obtinere debet, & ita specialitas huius Regni contra Iuris principia, quod ex solo instrumento absque traditione transferatur dominium, locum tãtum habere potest, & hucusque habuit in instrumento continente contractũ completum, & absolutum, suiq; natura habilem ad transferendũ dominium, & in quo partes id expressa conuentione egerint, vt transferatur: ita quod solum desideratur traditio, quam vis instrumenti, & conuentionis expressæ partium supplent. Et hanc semper ego intellexi fore praxis nostri Regni fundamentalẽ rationẽ, vt bene tradit Molinus ver. dominiũ in initio vt ex instrumẽto dominiũ trãsferatur re vẽdita vel donata nõ tradita: quia id partes pepigerint expresse, quib⁹ in Regno omnia licẽt quæ impossibilia, vel iuri naturali, aut diuino repugnantia non sunt: quamuis iuri communi contradicant. Quid autem queso magis cõtrarium, aut magis distans conside rari potest ob expresso pacto præsentis translationis dominij, quam expressa conuentio de eodem in futurum transferendo? nihil sanè. Quando autem constat de mente promittentis vendere, donare, eligere, vel quid aliud facere, quod fuerit suspendere obligationis effectum, & substãtiam in futurum; non solum respectu translationis dominij, sed etiam respectu vendicationis rei, vel ipsius petitionis iuditio personali, quod longe facilius admitti poterat, tunc parendum est voluntati; & actus remanet in terminis, & effectu solius promissionis faciendi contractum, & quòd non æquipoleat contractui iam facto ex Bart. in l. 1. ff. locat. Alex. & alijs, bene considerat Bursat. cons. 100. num. 12. Vincent. Carrot. de locat. & conduc. tit. de promissione locandi quæst. 1. num. 14.

Nec vim huius fundamẽti † poterit aduersa pars subterfugere retorquendo (prout intendit) regulam quod cartę stemus in Regno contra nos, vt inde in eo promissio de nominando, vel de donãdo, aut vendendo habeatur pro nominatione, venditione, vel donatione: quia in Regno ex dicta regula pręcisse eligere, donare, vel vendere cogitur, nec soluendo interesse liberatur: Quia sicuti id verum est, sic quoque est verissimum, exinde non inferri quod quãmuis ex ea promissione iuditio, & actione personali promissor præcisse ad factũ compelli possit; quod etiam ex eadem, veluti dominio translato reali iuditio possit experiri, imò totũ contrarium verba clarè demonstrãt, secundum Decium d. §. seruũ tuum imprudens. num. 2. 35

Quinto optionis, siue electionis facultas, & ius inter suos filios ad huiusmo-

huiusmodi successionem commissum fuit Ioanni de Heredia, à Laurentio patre, vt pactum expressè recitat, sed hæc optio, vel electio, actus legitimus est, simpliciter, purissimè, perfectè, sine aliqua conditionis, diei, nec alterius considerationis suspensione, vt Papinianus, & Bonifacius concordi opinione decreuerunt in l. actus legitimi. ff. de reg. iur. & in Regula actus, eodem tit. lib. 6. Et hoc ex ratione Labeonis I.C. in d. l. apud Aufidium, quia nihil in suspenso manere debet, cùm prima testatione, omne ius, & facultas consummatur, ex qua ita tenent glossatores in dictis vtriusq; Iuris regulis, & Albericus in d. l. actus legitimi. nu. 1. rationem aptissimam ad propositũ affert, quia quamquã electio sub conditione, vel in diem committi possit explenda, vel expedienda. l. pen. de optio. legata, at ipse electionis actus in executione suspensionẽ nõ admitit, quia tantã potestatẽ (inquit Albericus) testator legatario nõ tribuit sup. ad Trebel. l & facta. §. in danda, quod idem erit in alio quocumq; cõmissario electionis, hoc est quod communiter traditur in l. serui electione. de leg. 1. formam à fideicommittente præscriptam, specifice in electionibus esse obseruandam, de quo latius Cagnolus ibi num. 14. Petrus Faber exemplo. 4. ibidem, & Petrus Pechius in d. reg. actus, post ordinarios ibi. nu. 7.

Neque huic fundamẽto obstat, Cagnolum. d. num. 14. & alios, dicere nõ reperiri iure cautũ quod actus electionis sit legitimus, & ꝙ nõ recipiat suspensionẽ, falluntur, enim, & contradicunt cõmuni resolutioni Doctorum, satisq; colligitur ex toto titulo de optione. legata, & ex d. l. serui electione. iũcta com. illius expositione.

Nec similiter, quod optio admitat conditionem, vel suspensionẽ. l. filius. 21. de optio. legata, quia benè satisfacit Alber. d. num. 1. distinguens inter facultatem optandi, vel eligendi, quæ rectè in diem, vel sub conditione comitti, & suspendi potest, & inter actum ipsius electionis, qui legitimus est, & ex quacumque suspensione, aut incertitudine iure vitiatur.

Denique non obstat tex. in materia difficilis in l. si tibi. §. vnius de optio. leg. quatenus, & actus eligendi, vel executio electionis valuit sub conditione si eligens voluntatem nõ mutauerit. Quia præter missis ijs quæ ad eius tex. interpretationem traddit. Alic. libr. 3. parer capitul. 7. pro resolutione præmittendum est, verissimum esse iuris axioma, optionem siue electionem, in actu exercito, & executione, legis institutione esse actũ purum, simplicem, ac legitimum, & qui prima electione consumitur. d. l. apud Aufidium. d. l. serui electione, non tamen semper, sed quando illa, ritè, rectè, solemniter, & perfectè facta est, aliàs semper est variationi locus, donec perfectè & integraliter fiat. l. 2. 3. 4. & 5. de opt. legata ex quacunq; causa illa minus solemniter, & minus cõplete fieri contingat.

Secundo præmittendum est in specie. d. §. vnius. duobus vnum seruum, sub optandi iure fuisse relictum, ac proinde concurrere debebãt ambo in electione, vt Barto. & Albericus ibi notant. Indeq. fit ele

ctionem ab vno ſolo factam minus ſolemnē iudicari, & tanquam non vere facta mutari potuit, & alter ſocius illū eligere, ita Barto. & Alber. ibi. Illud tamen non prætermiſſerim, quod quamuis is ſit verus ſenſus illius. §. vnius, nihilominus, optio, vel electio, ſub conditione reſolutiua, (ſi voluntatem non mutauerim) fieri valide poſſet Quia optio, & electio pura manet, eaq; cōditio cum ſit reſolutiua nō impedit actus puritatem, & ſimplicē, & perfectam eſſentiam. l.2. cùm alijs de indiem adiectione, & ita fundamentum hoc, & regula. l. actus legitimi, non comprehendit conditionem reſolutiuam, ſecundum Alciat. vbi ſupra. Anto. Gomez. 2. tomo, cap.11. num. 30. Tib. Decianus conſ.8. numer.72. & 80. in 1. Cùm itaq; minus rectè, inſolemniter, imperfectè, confuſſè, exploſſa forma committentis, ac nulliter Ioannes elegerit in dictis pactis dotalibus D. Beatricis de Fozes (licet elegiſſet) non tamen conſumpſiſſet facultatem, eaque vere conſumpta fuit, & extincta in electione de perſona Ioannis in pactis Magdalenæ Ambert.

Sexto denique quamuis poſſeſſio Ioannis de Heredia non eſſet habēda in cōſideratione, caſu quo Hieronymus frater cum vero titulo, † & dominio bonorū veniſſet,
37 cæterum cum nō doceat, nec oſtēdat verum titulum ex quo dominium bonorum in ipſum tranſlatū fuerit: maximi effectus eſt poſſeſſio plurimorum menſium, de qua docet Ioannes de Heredia, vel tanquam poſſeſſio, vel tanquam realis tradditio rerum donatarum ut conſiderat Iaſ. in dicta l. quoties numero .34. & 35.

Ex quibus in hac cauſa potiores multo iudicandæ videntur partes Ioannis de Heredia innitentis vero titulo realis, & actualis donationis, veraq; poſſeſſione ex eodem titulo vna cum dominio tranſlata, poſt modumque cum reali inſiſtētia rerum per plures menſes continuata, repulſa propoſitione Hieronymi fratris, in quem nec dominium, nec poſſeſſio bonorum apprehenſorum fuerunt tranſlata: imò neque actum quod tranſirent antequam verè, & realiter eſſet tranſlatum dominium titulo realis, & effectualis donationis, & electionis Ioannis de Heredia, in Ioānem.

Neque mouere debent in contrarium quæ principio propoſuimus ad fauorem Hieronymi aduerſarij. Non primum, quod de iure, & Regni obſeruantia promiſſio denominando, & de eligendo habeatur pro vera, & reali nominatione, & electione, & quod cum huiuſmodi promiſſio pręcedat in fauorem Hieronymi: pro eo ſit iudicandū. Reſpondetur enim multipliciter. Primo † opinionem Ioā- 38
nis Andreæ vbi ſupra, procedere in diuerſis terminis, ſcilicet quando aliquis promittit ſe obligaturū ad danda decem, quo caſu ęquum videtur vt iure directo decem dare compellatur, abſque eo quod prius obligari ad ea cogatur. At vero in caſu noſtro, vel ſimilibus, de promittente vendere, reuendere, donare, vel eligere, quod talis promiſſio non habeatur pro venditione, reuenditione, donatione, vel electione cōmunius eſſe videtur, & magis receptum, vt apparebit ſi perpēſi fuerint doctores relati per Tira-

Tiraquellum vbi ſupra ex nu. 42. vſque ad 60. quamuis ipſe referat in promiſſione de reuendendi pacto poſt modum concedēdo Senatum Pariſienſem benigniorem opinionem ſecutum contrarium iudicaſſe, quod quamuis verum eſſe poſſet in illis terminis, nobis nō obeſſet ex infra dicendis.

39 Secundo Reſpondeo † doctrinā Ioannis Andreæ, etiam in ſuis terminis à multis nominatim reijci, & eo relato contrariam eſſe veriorem recenſet Carot. de locat. & cond. tit. de promiſſione locandi quæſt. 1. vbi ex Ioſepho Ludouic. Iaſſone, & Riminaldo refert contra Ioannem Andreā militare magis communem, & veriorem ſententiam. n. 8. verſ. & promiſſor, & hanc, iuribus, & rationibus vrgentibus tuetur Dec. in d. §. ſeruum tuum imprudens num. 2. cum tribus ſequentibus.

Tertio reſpondeo ſingulariter
40 † in terminis doctrinæ Ioan. Andr. promiſsionis nempe de ſe obligando ad decem, necnon, & in terminis obſeruantię, item ſciendum. de rerum teſtatione. promittentis ſe conſtituturū pignus in realiqua, ſimiliterque in promiſsione de locando pro iam conuenta mercede nihil mirum ſi promiſsio de ſe obligando ad prædicta, vel ſimilia reali obligationi iam in eſſe productę æquiparetur, vt euitetur circuitus prorſus inutilis, & abſque effectu qui ſemper euitandus eſt. Cæterū quando (veluti in caſu noſtro) ex circuitu notabilis aliquis effectus poteſt reſultare de eo curādū non eſt: imò promiſsionem de nominā do, aut eligendo debemus intra cancellos continere, vt non habeatur pro nominatione, vel electione. Diſtinctio fuit originalis Cardinalis Zabarel. in clem. auditor nu. 16. de reſcript. quam ornat, & ſequitur Grammatic. deciſ. 103. nu. 188. Carocius vbi ſupra nu. fin. in fine, referens Antonium Maſſam Galleſium omnino videndum in tractatu de forma Cameralis obligat. parte. 3. verſic. quęri etiam poteſt num. 4. vbi ſubtiliter, & ex profeſſo doctrinam Ioannis Andreę examinauit, in quæſtione de eo qui promiſsit ſe alteri obligaturum in forma Cameræ, nūquid occultato actu Cameralis obligationis, ea in form a, ex ſola promiſsione diſtringi poſsit: & concludit quod non. Et etiam num. fin. in promiſsione de concedendo iure luendi, idem etiam concludit, vt non æquipolleat effectuali gratiæ redemptiuæ: quia cum ratione fructuum, & ſtrictioris obligationis, vel leuioris intereſſe poſsit inter vnum caſum & alium, promiſſionis caſus, non cenſetur caſus obligationis, vel contractus, vel electionis. Et hæc diſtinctio vltra prædictos Doctores receptiſsima eſt, vt ex Boërio deciſ. 3. num. 2. & alijs permultis latè proſequitur Benuenut. Stracha in tractatu de aſſecurationib. num. 55. cum tribus ſeqq.

Quod autem in ſpecie noſtra † 41 mirabilis effectus reſultet, longeq; interſit, & referat, num tractatum ſolum fuerit de promiſsione eligēdi, aut de electione completa, & effectuali, patet, quia ex priori, actio ſola perſonalis quæ promittentem tenuit competit pro obſeruatione promiſsionis: ex poſteriori vero, ſcilicet ex nominatione competit realis actio, cū ex ea in Regno

no dominium translatum fuerit: imò & possessionis commodum ad obtinendum in hoc iudicio ex privilegio fori, *a vezes*. Et quamuis cesset ea vtilitas à nostris in viã iuris considerata, vt promittens soluendo interesse liberetur: manet autem præcedens, & etiam alia vtilitas, retentio nempe fructuum interim procedentium a re cuius donatio in futurum pollicita est, & aliæ permultæ. Ex quibus dubio procul concludendum est Ioannem Andream in nostro casu, & similibus procedere non posse: tametsi à ratione cessante vera esset eius doctrina in promittente se obligaturũ ad decem. Cum enim, & promissio se obligandi ad decẽ, & præstatio ipsorum decem in obligatione, iuditio, actione, & executione procedant omnino pariter cum promissor eodem personali iuditio ad vtrumque constringendus sit. Et cesset omnis ratio suspensionis obligationis, omnisq; effectus, vt nihil prorsus intersit inter prædicta; nimirum si Ioannes Andreas pro inutili prorsus circuitu vitando æquiparauerit promissionem se obligandi ad decem, eorundem effectuali promissioni.

42 Isthæc cum vera sint de iure † multo fortius in hoc Regno a dominis Iudicibus in actu practico videtur admittenda; cũ enim secundum quod in carta legitur & continetur iudicare teneatur obseruant. Item iudex de fide instrumẽtor. ad sensum patet, vt singulariter considerat Marsil. singulari. 469. diuersum quid esse, promittere de futuro præstare, vel promittere obligationem de soluendo, ab ipsa immediata promissione solutionis, vt negari non possit æquipa rationẽ partis aduersæ, vt promissio de nominando vel eligendo in futurum, æquippolleat reali electioni, & nominationi, ac si iam de præsenti facta fuisset, fictitiè, præsumptiué, & per subauditos intellectus induci. Sic in simili arguit Grammat. in dicta decis. 103. num. 194. in fine. & num. 195. Cum igitur Ioannes de Heredia in secundis pactis dotalibus cum domina Beatrice de Foces non elegerit de præsenti aliquem ex futuri matrimonij filijs: sed solum se electurum vel nominaturum pollicitus fuerit in hoc Regno, vnũ factum pro alio præstari non potest, nec contra cartæ, vel instrumenti tenorẽ ex fictione, aut præsumptione iudicari.

Ex quibus corolariè infero † nihil nobis obesse obseruantiam. 43 Item sciendum. de rerum testatione, qui enim promisit super re aliqua pignus constituere; particulari ratione in ea obseruantia censetur iam illud constituisse; quia tũc circuitus inter promittentem, & eum cui promittitur erat omnino inutilis, & quamuis in eo casu præferatur ille, creditoribus quibus postmodum pignus fuit constitutum: id tamen peculiari iure ex dicta obseruãtia introductũ fuit. alias enim ea seclusa, ex generalibus Regni principijs contrarium iudicãdum esset, ac pro inde ea obseruant. ad alios casus non est extendenda vt in simili docet Grammat. dicta decis. 103. num. 195. & in specie quod regula contraria vitandi circuitus solum procedat in casibus in quib⁹ id speciali iure cautum est, pulchrè tradit Decius vbi supra. numer. 5.

Rursus

Rursus infero nihil obesse quæ Plebàn.tradit ad Molin. verbo pactum,ex num.15. loquitur enim in promissione de reuēdendo,in qua facta in continenti cum ipsa venditione,vel deinceps in vim antecedentis reseruationis, latent principia atractiua, & resolutiua possessionis, & dominij,ex quibus eius virtute obtinetur in omni possessorio, & petitorio iuditio, & hoc speciali iure in pacto de reuendendo quod insit venditioni procedit in Regno, & ab speciali demōstrat in alijs casibus contrarium proce-
44 dere. Et huiusmodi † discriminis ratio inter casum nostrum,& dictā obseruantiam. Item sciendum de rerum testatione : fulcitur notanter ex ijs quæ Iasson refert in d. l. quoties.num.11.distinguēs pulchrè inter contractus in quibus, ius non quęritur sine traditione : quia ius quod per ipsos transferri agitur est ipsum dominium,quod absque traditione non transit.l. traditionibus C.de pactis & inter cōtractus in quibus agitur de iure transmissibili ex titulo nudæ conuentionis, vt in pignoribus, & hipothecis in his enim tametsi traditio fiat secundo : potior tamen est prior ex conuentione l. 1. de pignorat. act. cap. qui prior de reg.iur.in 6.l.potior. l. qui Balneum. ff. qui pot.in pig.habeant.l.si prior.§.fin.ff.eodē. Igitur mirum non est si in terminis dictæ obseruantiæ. Item sciendum.sola promissio pignoris cōstituendi habeatur pro pignoris cōstitutione.Ius enim in pignore omne transfertur ex sola conuentione. Secus autem in venditione, electione,donatione, vel alio actu quo de transferendo dominio agitur,cum enim hoc ex solo titulo non transferatur absque traditione,prefertur ille in quo posterior titulus cum traditione concurrit, excluso eo qui solum titulum habuit anteriorem.

Nec huius considerationis vim † effugiet aduersa pars subtiliter 45
instãdo in hoc Regno nullius traditionis opus esse ad trāslationē dominij. Illudq; ex solo instrumēto transferri, & quod ita Iassonis consideratio dicto. num.11. versus nos flecti videatur. Cū non minus verè, quàm subtiliter posit respōderi(vt tetigi superius, & considerationè pro causæ huius determinatione dignissimum arbitror)non potuisse(sto quod in Regno ex solo instrumento transferatur dominium)transferri in Hieronymum vigore prędictæ promissionis: quia municipale hoc ius Regni nostri procedit in contractu apto nato dominium transferre, & in cuius instrumenti serie expressè contineatur, conspiciantq; & legant domini Iudices quod tunc,& de prę senti,vendens, donans, vel eligens sese spoliet à dominio, illudq; à se abdicet, ac transferat & transmittat in emptorem, donatarium, vel electum, deficiente enim huiusmodi natura contractus,& conuentione partium dominium non potest transferri per instrumentū, nec in viam iuris, nec in Regno. Non negamus sub conditione, vel in diem dominium posse transferri, id enim regulariter vbi actus sui natura conditionem reciperet, de iure, & de Regni praxi certum est, quod eo modo transferri possit, dicimus tamen omnino,ac præcisè requiri,quod ita dicatur

catur in instrumento, & alias non trãsferetur, vel quod natura actus inducat eam translationem nunc, pro tunc quando dies cesserit, vel conditio venerit, & verissimè contendimus non solum subiectum, & verba dictæ promissionis id non inducere, verum cõtrarium differ te importare, ex antea consideratis.

Nec refert dominium horum bonorum propriè non transferri ex actu electionis Ioannis: sed ex fideicommisso Laurentij de Heredia: quia licèt facta electione ex vocatione Laurentij (vbi simpliciter, purè, secundum formam, ab eo præscriptam fieret certi filij) succedat electus, nec possit ab eligente grauari, saltem in extraneos: tamẽ causa immediata, & proxima trãslationis dominij pullulat ex electione, & cum ea non fuerit facta, nec dictum quod transferatur dominium de præsenti in filium secundi matrimonij: non potest considerari quod ex instrumento promissionis de eligendo illud fuerit trãslatum, nec acquisitum, nec ex vocatione Laurentij, certus filius, nisi eligendus à Ioanne ad successionẽ inuitatur.

46 Quarto denique respondetur, † in hac materia certam regulam constitui non posse, quãdo scilicet promissio de se obligando, de vendendo, vel donando habeatur pro venditione, vel donatione, vel pro obligatione perfecta: imò ex negotij qualitatibus, & circunstantijs prudentis Iudicis erit disquirere, & animaduertere, nunquid tales ex facto resultent, quæ animum ipsius moueant, quod tractatum fuerit & habitum in mente, quod promissio non sit facta eo animo, vt obligatio, vel translatio dominij suspendatur in futurum, vel potius inclinent ad iudicandum pro suspensione complementi contractus, & translatione dominij. Quod singulariter ex alijs considerat, & commendat Vincent. Carot. de promissione locãdi quęst. 1. nu. 16. In casu autem occurrenti, si attendamus instrumẽti verba, si Ioannis de Heredia promittentis mentem, si subiectam materiam, & negotij circunstantias, manifeste pro suspensione electionis, vt tempore præsenti facta non fuerit iudicare compellemur. Verba enim aperta, & clara sunt pro suspensione electionis in futurum fiendæ, mens patens, pro eadem suspensione cum incertus de certis filijs scilicet nascituris facienda esset. Subiectæ materiæ, & negotij circunstantię notissimæ, cum non esset adhuc pręsens subiectum, neque in futurum omni casu certum. Quæ omnia conuincunt, nec actum, nec cogitatum fuisse: imò nec cogitari potuisse de præsenti completa electione, & dominij translatione per promissionem de eligendo.

Nec insies, imò cogitatum † videri, cum expræsse promisserit Ioannes de Heredia electurum se 47 alterum ex filijs dicti matrimonij: quoniam de hoc non dubitamus & perpetuum idest in quacumque promissione de se obligando, de vendendo, de reuendendo, siue de postmodum conficiendo reuenditionis pactum, de donando, & similibus, in quibus nihilominus intrãt dispositiones, & resolutiones superius constitutæ, nemo enim dubita

te

re pater, quod Ioannes promisserit, se electurum alterum ex filijs secundi matrimonij, cuius rei respectu deliberatus fuit actus, & consensus, sed ad eligendum, non tamen quod tunc electionem fecerit, vel verba scripserit erga certum filium, quibus dominium se transferre velle in eum fuerit atestatus, quomodo igitur Hieronymus absq; actuali possessione & absq; titulo, & dominio obtinebit, aduersus Ioannẽ fratrẽ, in quo, & possessionis, & dominij iura elucent, primo translata, perfecte, & irreuocabiliter ex lege translationis, & electionis? nullo sanè modo.

48 Quod vero in dubitandi ratione secu. diximus† ex Bartol. in l. Iurisgentium de pact. quod promissio de donando habeatur pro donatione, quod ad ornatum glossæ in §. aliæ. de donat. latius prosequitur Pinel. in l. 2. 2. par. cap. 3. num. 30. C. de rescindend. vendit. non obstat superius resolutis, & Ioannis de Heredia intentioni. Tumquia ibi desunt coniecturæ ad suspicandũ, & credendum quod actum sit de suspensione donationis. Tum etiã quia, Pinellus, & DD. per ipsum allegati, & Bartol. ipse loquuntur in terminis diuersis, nempe, in promissione donandi centum, in qua coincidit disputatio Ioannis Andr. & casu quo aliqui DD. idem teneant in promissione de donando rem vel speciem: non disputant quid iuris, vbi præcedente huiusmodi promissione de donando species ipsa donari promissa, alteri de præsenti donaretur, & traderetur, quis nam præferendus esset, qui noster est casus. In quo cum habeamus tot Doctores, commmunemque, & veriorem sententiam pro nobis, contrarium omnino dicendum est.

Imò & in terminis glos. in d. §. aliæ. ver. manifestauerit verius † 49
& receptius est contra Pinelum verbum, *donabo*, non inducere donationem de præsenti, nec æquipollere verbo, *dono*, sic tenere plures Doctores testatur ipse Pinelus in princ. d. num. 30. & ita hanc sententiam signat solito signo marginali, quo ipse communes, & receptas sententias Doctorum solet annotare, & pro ea refert Salicetum, Alexan. Imo. Iacob. a Sancto Georgio, Socinum, Eman. Costa, Dec. Alciat. Tiraq. Andream ab Exea, Galiaulam, Francis. Rampon. Cazialupum, Fabrum, Angelum, hos reffert pro communi nostra sententia Pinelus, & alios addit Tiraq. vbi supra. Et pro contraria allegat glos. in d. §. aliæ. vero sensui (vt ipse asserit) restitutam Io. Fab. Barto. Angelum, Areti. Fortuniũ, Garciã, Goniesium, Iaso. Afflictũ, Hiero. Verium, & Ripam, & ita plures reffert pro hac parte, & quamuis disputando a nostra sententia discedat, communem tamen esse agnoscit.

Et inde securius resolutio hæc contra Pinelum admittenda est, quod glos. d. ver. manifestauerit. subobscurè loquuta adeó fuerit, vt vtriusq; opinionis sectatores pro se eã allegent, & tunc demum pro aduersa opinione loqui † asserit 50
Faber, ibi. nu. 2. si adsint verba præsentẽ donationẽ inducẽtia, ex quibus suspensio, quam sui natura futurum, *dabo*, præsefert, tollatur, & alias inquit quod ea glosa sibi contradiceret. Idem de Ioanne

Fabor (cuius per magna est authoritas) dicendum, ipse enim. numer. 3. ex ijs verbis ***Dabo tibi talem fundum***, & si sit cum gratierum actione acceptata promissio, resoluit non induci donationem quia non donat in præsenti, nec est pactum donationis pręsentis, sed de facienda in futurum, sunt formalia huius eminentissimi I.C. verba, qui statim. num. 4. id magis ad propositũ extendit, vers. vel verius, docens simile pactũ nõ inducere donationem, sed agi posse ex eo vt det, & promissum compleat, & magis pro nobis stringens tractatum, sub. numer. 5. aduertit, nec ex tali conuẽtione simpliciter agi posse, quod res tradatur, sed vt donetur, & ex causa donationis tradatur, agnoscens ex ijs pactis de donando, verbis de futuro conceptis, non venire rem, in actionem, sed factum re promissum, scilicet, quod donatio fiat, prout conuenit, & quod tradatur ex causa donationis. Quæ omnia pũctualia sunt pro cõfirmatione illius fundamẽti, quod maximũ est in hac causa, desiderari verba, & instrumentum, quibus vera, vel ficta translatio Dominij possit colligi ad producendam actionem realem ad bona apprehensa; licet aptissima essent ad actionem personalem, vt electio fieret, & deinde eadem actione bona traderentur.

51 Rursus † Angelus, sibi fuit contrarius, vt idem Pinelus animaduertit.

Sed nec communis præceptor Barto. in d. l. iuris gentium in prin. nu. 2. quia Pinelo prose allegatur contra nos, suam probat opinionem, sed potius nobis assistit, sua illa magistrali distinctione, vt ex contractibus aliqui denominentur à modo contrahendi, & quod ij cõsensu, & pacto perficiantur, vt emptio, venditio, locatio, mandatũ, alij qui a modo exequendi, vt depositum, commodatum, & similes: qui ex conuẽtione non possunt suũ complementum vltimatè recipere ante executionẽ illorum. Sed Bartolus ibi non exprimit, an in vtrisque conuentio fuerit præsens, an suspensa in futurum facienda. Imo ego existimo loquutum fuisse, data hypothesi, quod verbis de præsenti fuissent concepti contractus, erit enim venditio completa ex modo ineundi, simulatque de pretio conuentum sit apud contrahentes, nulla rei traditione, aut pretij numeratione secuta. At secus in commodato, vel deposito, etiam de præsenti contracto, per hæc verba, *depono apud te librum*, vel *accommodo seruum*, si etenim & librum, & seruum apud me retineã, nec tibi tradam, cùm sint contractus qui re cõtrahuntur, & ex modo exequendi denominantur, nõ censebuntur perfecti. Et in hoc Bart. benè intellectus differẽtiam constituit, & non in verbis de futuro, vel de præsenti. Et sic in donatione † cum hodie absque traditione vltimum recipiat complemen- 52
tum, denominabitur secundum ipsum à modo ineundi, eritq; perfecta ante actualẽ traditionem, is est verus sensus Bartoli, ipsius verbis conuenientissimus, nec verbũ vllum ab ipso exprimitur, quod ea donatio, verbis de præterito, aut de futuro fuisset concepta, vt non satis mirer cur aduersæ opinionis antesignanus allegetur, substantia enim ipsius resolutionis tota est; quod

quod hodie contractus donationis denominabitur à modo ineundi, & conueniendi,& nõ à modo exequendi,ac proinde, quod censebitur perfectus ante actualem traditionem rei donatæ,sed Bartolo imponitur quod ipse senserit idem futurum,quando donationis pactũ, conuentio, vel contractus verbis de futuro & suspensiuis concipiatur,cum id non decidat, imò potius credendus sit in contrarijs terminis fuisse loqutum, præsentis donationis, cui sola traditio deest cum in istis tractet de cæteris cõtractibus,& eisdem retentis terminis loquatur de donationis cõtractu,vt aperte insinuat ibi.Bart.vers. nunc ad propositum, quatenus docet *iure antiquo nunquam perfici donationem, ante traditionem, imo esse pactum de donando*;hæc verba deceperunt eos qui Bartolum pro sua opinione contraria adducunt,cum tamen pateat ab aperto, quod Bartolus non dixerit esse pactum de donando, quia verbis de futuro erat conceptum,sed quia erat traditione rei destitutum. Et hunc esse sensum Bartoli conuincitur necessario,& euidenter,cum dicat hodie ex lege,pactum de donando iubari,& ex eo actionem produci-legem autem allegauerat in principio.d.num.2.l. si quis argentum. C.de donatio.quæ tamẽ ne vtiquã de pacto de donando verbis de futuro cõcepto, sed de presenti clarè loquitur, igitur Bartolus de eo intelligitur. Non esset difficile similiter auctoritatem aliorũ DD. pro contraria sententia allegatorum, effugere. Dicta tamen sufficiant, præsertim cum ipse Pinelus nostram sententiam agnoscat cõmunem,& dicat veriorem Alex. in d.l.Iurisgentium.num. 11. & receptiorem Tiraquel. d. num. 46. Illud denique,vt à Pinelo me expediam addiderim, ipsum d.num. 30. non admonuisse cauendos Galiaulam,& Alciatum, quoad substantiam resolutionis,& opinionis, sed quod pro ea citauerint glo. in d.§. aliq. ver.manifestauerit;quam potius Pinelus pro sua opinione facere,contendit.

Ita quoque facile esset plures † auctores in confirmationem huius nostræ opinionis recensere quos consulto prætermito, Dominosq; remito ad Petrum Barbosa in. l.1. 3.par.num.3. ff. solu. matrimo. vbi ex Alciato in d.l. si pacto, quo pœnam.num.3.C.de pactis.& Dueñas reg. 19. limit. 1. hãc refert magis communem, & licet nonnullos addat pro contraria sententia, cui & ipse adheret, tamen in vers. sed quia supra relati.fædere distinctionis opiniones has inter se dissidentes conciliat, vt si donationis pactum sit ita conceptum,promito, donaturum, vel quod donabo,non sit locus decisioni tex. in d.l.si quis argentum. §. pœn. nec aliqua donatio sit de præsenti, & ita procedat nostra,& verisima,& receptisima magis communiter sententia,secus si dictum fuerit dono, vel promitto me daturum, ex causa donationis, & quod tunc procedat contraria sententia, & habeat locum tex.in d.§.pœn.quia in his speciebus donatio de præsenti continetur, quamuis datio, seu executio ex post facto fieri debeat, huius conciliationis primos auctores reffert Galiaulã in Rub. de verb.num.120.& Costam in tra 53

G ctu

ctu de succes. Regni. 3. part. nu. 15. Et quamuis in pacto de dote constituenda Barbosa supra numer. 4. ob generalitatem d. l. pen. C. de dotis promissione, & ex fauore dotis discedat à distinctione, in terminis tamen pacti, aut conuentionis de donando, eam tuetur, vt ijs dicendum sit in casu nostro, in quo nullum verbum de præsenti donatione, nec de traditione ex causa donationis, nec similiter de præsenti electione, sed nuda promissio de eligendo in futurum alterum ex filijs secundi matrimonij intercessit, nec donationem, nec electionem de præsenti factam fuisse, sed mansisse contractum in terminis obligationis, vel promissionis de donando, vel de eligendo in futurum. Et quãquam Barbosa discedat à duabus illationibus quas colligit ex dicta distinctione, & cõcordia, vers. ex qua concordia infertur. d. num. 3. ob particularem faborem dotis, & quia, donatio vxori facta à marito non confirmatur morte mariti, nisi deuentum fuerit ad traditionẽ, obsecro tamen Dominos, vt illas perpendant, quoniam mire conueniunt decisioni huius causæ, cum ex eis colligatur, necessum esse, vt resultet donatio, quod vel verba sunt præsentia, vel si in futurum concipiantur, includant, inculcent, & præsuponant donationem, vel actum de præsenti completum, vt cum dicitur dabo, vel promito, daturum ex causa donationis, quo casu vno actu velut ocultato, & preſuppoſito ex natura rei accidit quod ex verbis de futuro donatio resultet præsens. Cui rei apte cõueniunt illa exẽpla Alciat. in d. l. serui electione nu. 7. vers. non procedit tamen vbi post quam receptam esse conclusionẽ multis exemplis, & iuribus ostendit, ex verbis futuri temporis actus suspensiuis donationem, electionẽ, additionem, & similia non colligi, regulam restringit vt nõ procedat quãdo illa posteriorẽ significationẽ habẽt quia tunc priorẽ actum præsuponunt præcesisse, vt volo sumere talem rem, quæ presuponunt antecedenter eam de præsenti electam nec enim inelecta summi posset, & volo esse heres, presuponitur enim antecedenter adijsse hæreditatem. l. iam dubitari. de acq. hæredit. Nos tamen dubio procul, versamur in terminis regulæ, & non in casu fallentiæ.

Hinc facilè responderi posse videtur ad tria illa, quæ subtiliter Domini mei, dum coram ipsis causam egimus, & per orauimus obijciebant. Primum ex † Bal. Albaroto, & Præposito in c. filij. si de feudo fuerit contro. in vsibus feudorum docentibus, Pactum adiectum dotali instrumento, vt primogenitus, aut filij illius matrimonij succedãt efficaciter, ac irreuocabiliter, eisdẽ primogenito, vel filijs successionẽ deferre. Secundum (quod in idem recidit) ex sacris literis. 3. Regum. 1. deduxit Guiller. Benedictus in c. Raynuntius ver. duas habens filias n. 201. cõmemorans pactum quod inierat Dauid, cum Bersaue vxore, dicens filius tuus regnabit post me, ex quo resoluit pro efficaci vocatione Salomonis ad Regnũ. Tertium deniq; ex consultatione amplissima Menochij cons. 92. in 1. dubio per totum, vbi ex promissione de donando resoluit Quartarium fore compellendum, ad traditio- 54

ditionem bonorum, quæ donare promiſſerat.

Reſponderi inquam, ijs omnibus poteſt ex veriſſima, & receptiſſima antecedenti diſtinctione, & concordia Alciati, & Petri Barboſſę, non quidem per argutias, & ſubtilitates, (quibus ſæpè vtimur Aduocati) ſed per ſolidas, ac communes Iuris, ac Doctorũ traditiones, & regulas procedendo. Baldum, Aluarotum, Præpoſitum, Benedictũ, & Menochium fuiſſe loquutos in donatione de præſenti, & effectuali, & in pacto, ſeu promiſſione ſolẽni intericcta pactis dotalibus, quod ex tunc deferebatur ſucceſſio primogenito, ſeu filijs illius matrimonij, quę ſicut in facto omnino differt ab ſpecie noſtra, in qua nullum tale pactum, aut præſens promiſsio interceſsit, ſed ſola inita fuit obligatio vel interpoſita promiſsio, de poſtmodum cõcendo pacto, vel facienda nominatione, vel electione filiorum ſecũdi matrimonij, ita etiam à dictis Doctoribus non ex regulis, quæ conueniunt caſui noſtro, ſed ex diuerſiſsimis deciditur. Apud eos enim, (vno dempto Menochio de quo mox nonnulla ſubijciemus) tota contentio & lis præſens ceſat videlicet num promiſſio de donando, vel de eligendo, æquipleat donationi, vel electioni perfectæ, pro conſtantiq; habent interceſiſſe perfectum completũ, ac de præſenti pactum, quod ſuccederent & quod iam eſſent abſolutè electi, & vocati ad ſuccedendũ. Ratio vero dubitandi vniuerſa ſe tenebat, ex quo ſimiles promiſiones, ac diſpoſitiones, quia & libertatem teſtandi, auſſerunt, & votũ captandæ mortis inducunt, legibus vetitæ eſſe cenſentur ex traditis in l.fin.C.de pactis, & in l.ſtipulatio hoc modo concepta. de ver. oblig. ea tamen non obſtante contra regulas communes ex particularibus conſuetudinibus tenuerũt contrarium, idq; in Regno noſtro certius eſſet, in quo propter vim cartæ, & voluntatis in ea explicitæ illis regulis extat derogatum. Et eſto quod † eſſent verba in illis ſpeciebus Baldi, Benedicti, & Menochij adeo clara, & aperta ad importandam præſentem efficacem vocationem, ex quo verba illa de futuro, *Succedent filij, huius matrimonij, Regnabit filius meus Salomon poſt me*, ex dicta concordia nihil obeſſent, quia habent poſteriorem ſignificationẽ, & ex neceſſario antecedenti præſuponunt vocationem de præſenti completam, veluti *promitto, quod dabo ex cauſa dotis*, licet enim explicita verba ſint in futurũ ſuſpenſa, tamen implicant neceſſario dotem de præſenti fuiſſe aſſignatã, veluti illa verba, *Volo eſſe hæres*, non præſeferunt quod ſit de præſenti hæres, nec quod velit eſſe de præſenti, benè autẽ ex neceſſario antecedenti includunt, quod iam adierit hæreditatem. 55

Idem de Menochio d. conſ. 92. dicendum eſt, quamuis enim ipſe pro magis communi ſententia teneat promiſſionem de donãdo eſſe donationem, in hoc tamen fallitur & plures referunt contrarium eſſe cõmunius, & receptius, vt ex Alex. Alcia. & Tiraq. commemorauimus ſup. & id agnoſcit idem Pinelus contrarię ſententię ſectator. Et Meno. mouetur ex alijs pleriſque videlicet ex re promiſſione velut iudiciali coram ſereniſſimo Duce

Vrbini facta à Quartario, quæ ex matrimonij cauſa non debuit mutari, & rurſus potuiſſet moueri & fortè vrgentius, quam ex alijs ſuis fundamẽtis, ex illa eadem Alciati, Barboſſæ, & cõmunis diſtinctione; quod quando verba futuri tẽporis præſuponunt donationẽ antecedentẽ, tunc promiſſio æquipolet donationi, vt contigit in caſu de quo fuit Menochius conſultus, in quo Quartarius promiſsit daturum ſe bona ſua nepoti cauſa matrimonij quod contrahere volebat & ita verba hæc futuri temporis ad executionẽ præſuponunt præſentem donationem bonorũ, quod & indicat reſeruatio vſusfructus facta à Quartario ibi. vt non illa nobis obſtet Menochij conſultatio, niſi in eo quod num.27. referat magis receptum eſſe quod pactum de donãdo ſit donatio, in quo manifeſtè loquitur contra communem, & arbitror, quod ipſe loquatur de pacto de donando verbis de præſenti concepto, & in quo traditio ſolum deſideratur, quia allegat Bartol. & Ioan. Fabrum, qui tamen in hoc ſenſu tenent eam opinionem, non verò ſecundum mentem partis aduerſæ vt ſup. latius annotaui, & vt dixi Menoch. ex alijs pluribus mouetur vt aparet ex illis nouem fundamentis per ipſum collectis ex d. num.27.

56 Denique aliud eſt † diſputare, vtrum ex promiſſione de donando reſultet donatio, vt donans cogendus ſit adimplere, & aliud num re donata, & tradita alteri donatario is præferatur primo, quod proprius accedit ſpeciei noſtræ cùm materia tex. in d. l. quoties, ſicut etiam longè diuerſum eſt diſputare de nominatione hæredis in bonis proprijs, quę quoquomodo fieri poteſt, aliud de electione vigore cõmiſſionis faciẽda, quæ niſi fiat ſolẽniter, & ad formã fideicõmitentis, non conſumit, nec reſtringit ius vel facultatem eligendi; ſicut etiã longè diſtinctum eſt diſputare de nominatione, & deputatione hæredis, vel ſucceſſoris, & diſtinctiſſimum de eligendo vnum ex certis virtute facultatis à primo diſponente commiſſæ, quæ actus eſt legitimus, & quacumq; ſuſpenſione viciatur. Quæ pro determinatione huius cauſæ, & particularibus obſeruationibus ſuperius ex communi mente Iurium, & Doctorum recenſitis determinari debent, & ad eam benè applicatæ, bonũ ius Ioannis de Heredia clarũ; & apertum reddunt.

Hactenus reſoluta quę de iure locum habent à fortiori in Regno procedunt, in quo propter vim inſtrumenti, & cartæ multo difficilius dici poteſt promiſſionem de vendendo, de concedendo retienditionis pacto, de donando, aut de eligendo continere completum actum, & perfectum venditionis, reuenditionis, donationis, vel electionis. Vt cenſuit Regius huius Regni † ſenatus die 28. Maij 1605. 57
(me cauſę patrono,) maiori ex parte dominorum, de Regio Conſilio in proceſu Ludouici Sanchez Moſcardon, ſuper ciuili, contra Concilium de Terriente, vbi diſputatum fuit, an promiſsio de concedendo iure luendi, æquipoleret effectuali pacto de retrouendendo. Et tres ex Dominis, in motiuis tenuerunt quon non, duo expreſiſſimis verbis, alter minus expræſſè. Duo ſententiæ

tentiæ suæ fundamentum, ac motiuum, ita conceperunt. *Ex quibus in conuentione deductis manifeste constat prædictos de Terriente eorumq; procuratores, non retrouendendi pactum, sed obligationem, seu promissionem de eodem concedendo promisisse, ita vt eo non concesso, pura, ac simplex venditio esset;* Ex quo paulo inferius sic colligunt, & deducunt consequẽtiam, *cum ergo supradictum pactum in meris terminis promissionis, & obligationis remanserit, verum retrouendendi pactũ iam in esse prædictum, & formatum dici non potest cum aliud sit pactum de retrouendendo, aliud vero promissio de eo, concedendo, sicut aliud est venditio, aliud promissio de vendendo, cum ergo supradicta inter se diuersa sint, diuersis quoque regulis iudicari debent, vt merito quod de Regni consuetudine cõtra Iuris, & fori regulas est introductum, vt nulla contra retrouendendi pactum, præscriptio admittatur, id ad promissionem de eodem concedendo extendi non debeat.* Et ijdem duo Dñi subtiliter, & expræsse de circuitu nõ esse curãdũ, quãdo ex eo aliquis põt resultare effectus testãtur; Necnõ & in calce sui motiui, illud cõfirmãt, quod multũ Ego semper põderatione dignũ censui in hac causa, quod deficiẽtibus verbis, & clausulis trãslatitijs Dominii in alterũ ex filijs feũdi matrimonij Ioãnis de Heredia, quãdo per impossibile ex promissione, illa actio institui posset, sicut ex actuali donatione, vel electione, futurum tamen id esset iuditio persenali pro rerum traditione non autem fieri posset iuditio reali, cum & voluntas, & verba deficiant, his verbis. *Agens enim ex promissione de se obligando in decem in depositio vel comanda, licet alio non expectato ad decem agere posset, non tamen id cum eisdem priuilegiis comandæ, vel deposito concessis inteligendum est, cum diuersa sit comanda, seu promissio de eadem concedenda & ideo diuersimode iudicanda.* Quamuis enim exemplum hoc magis conueniat casui illic deciso, quam nostro, ratio tamen in vtrumquè æqualiter influit. Tertius autem ex dictis Dominis de Regio Consilio, quamuis in modo concipiendi sententiam diferat a dictis duobus Dominis, in motiuis tamẽ eis magis accedit, dicens, *si vero intendit nunc de nouo esse concedendũ; quia ab initio, non fuisset virtualiter producta, forsitam præscriptio obstaret.*

Et quãuis alij duo † ex Dominis de Regio Consilio in ea causa exi- 51
stimauerint in suis motiuis, actori iam competijsse pactum de retrouendo in esse complete productũ non tamen eorum ratio se tenet tota ex quo ex sola promissione de illo cõcedẽdo, ipsum perficiatur, & pululet, sed ex quo adfuerint in ea causa aliæ multę coniecturę ac prę sumptiones ex eodẽ instrumẽto ꝓmissionis resultantes, quibus ad id iudicandum fuerunt moti, & ita videmus quod caput sui motiui cõstituerunt in illo tertio capite scripturæ promissionis de concedendo iure luendi, dicẽtes, *quod ad primum atinet, & quod in esse producta, & formata videatur* (loquũtur de carta gratiæ) *non obscure colligitur ex verbis tertiæ clausulæ ipsius concordiæ, quæ sic se habent, que en caso que la quiten Iuan Donez, o alguno de sus hijos, agora, o en tiempo alguno,) quæ verba denotant tempus præsens, & præcissum, & operantur incontinenti sine aliqua suspensione, aut temporis interuallo, &*

sunt exclusiua omnis dillationis, & emissa principaliter propter se ad effectum luendi, & quitandi illico, & statim, si venditori, & eius filijs placuisset, & ad hoc faciendum statim fuit eis reseruata facultas. Et infra, dicti duo Domini Regij Consiliarij aliam adducunt rationem ad introducendam de præsenti facultatem redemptiuam, quod alio instrumẽto Concilium de Terriente receperit scripturas inclusiuas dominij Deffesiæ de qua tractabatur, easque restiture fuit policitum in casu reuenditionis, ex quibus sic inferunt Domini, *Vnde satis liquet Concilium de Terriente agnoscendo bonam fidem & quod ius luendi fuerat iam per procuratores suos in instrumento concordiæ reseruatum, & in esse deductum & formatum se obligare voluisse ad restituendas scripturas prædictas semper, & quandocumque fieret luitio dictæ Desesiæ inaniter certè & supernacue hoc actum. & dictum fuisset si ius luendi erat per prius per dictum Concilium concedendum, & præmatura nimis traditio scripturarum pro parte venditoris facta fuisset si nondum ei concessa fuisset carta de gracia, & iure luendi vti potuisset, Ita quod ex ea scriptura, vel prior concordia declaratur, vel ius luendi sine carta de gracia, a dicto Concilio de nouo conceditur.* Ex ijs primo, principaliter mouentur dicti duo Domini, tametsi (non diffiteor) in secunda motiuorum parte tenant, solam promissionem de concedendo iure luendi haberi, pro eo concesso, & ex ea directo posse agentem venire ad rẽ, & esse impræscriptibilẽ, sicut ipsum met ius luendi iam formatum, vt inutilis omnino & absque effectu circuitus euitetur.

Ex quibus (si exacte perpendantur, & considerentur) multa † quidem vrgentia, & aptißima pro decisione huius litis ad fauorem Ioãnis de Heredia, & carroborationem sententiæ supradictorum ex mente Regij Senatus colligi possunt, nihilq; nec etiam ex motiuis illorum duorum Dominorum, qui minus huic parti videntur assistere, quod illi noceat, prositue Hienymo fratri, resultat. 59

Duo enim Domini primo ponderati expræsse decidunt, & determinant capitale illud tertium fundamentum huius partis, quod promissio de donando, non sit donatio, promissio de vendo, non sit venditio, promisio de eligendo non sit electio. Satis enim fuit vnum aut alterum exemplum subiecisse, vt in similibus idem decidisse credãtur, exempla enim regulum declarant, non autem coarctat.

Deinde illa duo diuerso iure esse censenda, nec priuilegia quæ actui iam facto, & in esse producto competunt, posse competere promisioni de illo faciendo, nec minus quoad effectus posse parificari. Tertius Dñus magis aßistit.

Alij autem duo non resistunt, Quinimò nobis cũ quoque sensisse videtur cùm potißimũ moueãtur ex scripturis, & instrumentis claris verbis (vt dicũt) præsuponentibus ius luendi antecedenter productum, quo casu ex distinctionibus supra traditis, cum verba (suo videri) includerent posteriorem significationẽ, dicẽdo, vt statim, luere possent, & quod obligatũ erat Conciliũ scripturas restituere, cõsiderarunt iam competijsse ius luendi.

At

At casus noster, & factum è diametro aduersatur, cum nuda ad sit promisio eligendi, nuda in quam, ab omni coniectura interna vel externa quod iàm electio fuerit facta, quinimò ne dicā cōiectura, sed præcissa & necessaria veritas facti contrarium saudet, sperabantur enim plures filij ex eo matrimonio, prout nati fuerūt, ex ijs autē deinceps vnus eligendus erat, qui prius volitus, quā præcognitus iuxta veram Philosophiam non poterat esse.

Sed neque obstant ij duo Domini in posteriori parte motiuorum Ioannis de Heredia intentioni, li-
60 cet enim † ibi teneant promissionē de concedendo iure luendi, æquiparari, pacto de retrouendendo iam producto, & promisionē hipothecæ, ipsimet iam constitutę, & promisionē aponēdi clausulam apprehensionis, ipsi iam ap positæ. Ea omnia vt sępè ac sæpius aduertūt, procedūt casu quo solo cōsēsu actus promisus cōsistere debet, & potest, & casu quo circuitus est futurus omnino inutilis, & casu quo verba præsuponūt actū iam antecedentē, & casu quo, eadem vtilitas resultat ex eo quod interest, æque resultaret ex facto præcisè, & specificè cōpleto. Cæterū ista omnia militant in contrarium, in facto nostro, in quo cōtrahentiū verba, rei natura, substātia negotij, & omnia clamāt pro electionis suspensione vt minime, dubitē quod hoc casu cōcorditer dicti omnes Domini tenuissent pro necessaria suspensione electionis nasciturі filij, vel potius inter multos nascituros eligendi. Præmaxime cum hæc diceptatio nō in abstractis terminis promissionis dandorum decem, vel vendendi, aut donandi, data facultate in promissore (prout aderat in dicto Cōcilio de Terriente) sed in contractis à genere ob speciales, & specificas diferētias, & regulas traditas in terminis d.l.quoties, cū cōcordātibus & d.l.serui electione. decidi debeat. Ex quib⁹ nō videtur posse periclitari ius Ioān. de Heredia.

Succesiuè nō obstat, quod principio tertio loco pro Hieronymo de Heredia tetigimus ex casu fallē ciali Bartoli in d. l. serui electione, quem explicat, & sequitur Ias. ibi.num.20. & 30. in ea quæstione, an ex ijs verbis, *volo eligere*, inducatur electio. Quamuis enim communis regula se habeat negatiuè, fallit tamen quando ad interrogationē eius, cuius interest, elector respondet, se *velle eligere*, ac proinde cùm in pactis dotalibus D. Beatricis de Foces interrogatio, responsio, ac stipulatio intercesserint, verba Ioānis Electoris (promito eligere) electionem de presenti importabunt. Quia R. primo † verba, *volo adire*, 61
volo eligere, *vel volo similia facere*, sui natura magis esse significatiua præsentis voluntatis, quam sit verbum, *promito eligere*, hoc enim enūciat futuram electionē, idemq; est dicere *promito eligere*, quod per futurum exactum, & simplex dicere *eligam*, & sicut interesset multum quoad inducendam præsentem electionem inter verbum *volo eligere*, quod saltem elicitum consensum de præsenti præsefert, & inter verbū *eligam*, quod remotiorem actum voluntatis ostendit, ita a fortiori multum differt verbum *volo eligere*, à verbo *promito eligere*, qua de re consulēdus Alcia. in l. si quis stipulatus.112. de ver. obligatio.

Vel secundo quod ea fallentia
62 Bartoli, non conuenit † casui nostro, quia in eo nulla intercessit interrogatio ex parte eius cuius interest, sed promissio absq; interrogatione, Ioannis, eligēdi de futuro vnum ex filijs illius matrimonij, vt ex inspectione dicti instrumenti dotalis adparet. Nec refert illic intercessisse D. Beatricē de Foces eiusque nimium interesse, quod Ioannes eam promissionem adimpleat. Quia id certissimum est, non tamen inde colligitur ad effectum inducendi præsentem electionem intercississe stipulationem ex solēni interrogatione, & responsione, nulla enim talis pręcessit interrogatio, In quo consistit ratio fundamentalis casus fallentialis Bartoli. Nam quando creditor hæreditarius interrogat hæredem, num velit adire, & ipse respondet adire volo, vel è contra hæres post aditam hęreditatem interrogat legatarium ius electionis alterius ex seruis testatoris habentem, vis eligere Vernam, & legatarius responderit, volo eligere, tunc iuncta interrogatione, cum responsione electio efficax de presenti resultat, ex ijs enim velut duobus simplicibus, conficitur vnum compositum, nempe, adeo hæreditatem, eligo Vernam seruum testatoris. Nec minus in casu stipulationis adest electio, vel aditio de præsenti quam si dictum esset, adeo, eligo, quod enim per verba infinitiui respondeat, perpetuum est in stipulatione, suspensio tamen quæ ex ea de perse, resultauat, tollitur ex antecedenti interrogatione. Hoc est quod in proposito dixit insignis Iuris præceptor Zas. in d.l. serui electione. numer.13 responsionem ad interrogationem regulari, cumq; illa præsentis temporis sit, *vis eligere, vis adire* responsionem de futuro conceptam semper ad se trahit, pro quo dicit esse glos. elegantem, & albo lapilo signandam in cap. ex literis. de diuortijs, docentem responsionem quantumcunq; obscuram, semper esse certam, cum interrogatio est certa.

Vel tertio Respondeo, Docto-
res communiter † in hoc casu fal- 63
lētiali Bartoli (esto quod in ipsius terminis versaremur, prout non versamur) desiderare simplicem & perfectam interrogationem, ita vt verbum *volo* aut *promito*, determinatum habeat subiectum, specificum, ac indiuiduum, scilicet *eligo Titium filium*, *volo seruum Stichum*, & Zas. supra nu.12. & Alciatus. d.num.7. vers. ad hæc pertinet vlterius requirūt, quod interrogagatio hac intentione fiat, vt quis deliberet, & eligat de pręsenti.

Nunc dictarum omnium considerationum, & solutionum applicatio, ad casum nostrum, ita fit, quod nulla interrogatio præcesserit, quod nullam certam electionem, vel nominationem certi filij fecerit elector, ac proinde quod non sit certa, & determinata persona electi, & proinde mansit promissio in terminis nudæ promissionis, de electione facienda, non autem continet electionem dispositiuam, nec præsupositiuam inductā per actū posteriorem explicitū.

Neque obstat illud, quod Quarto loco ad comprobationem intentionis partis aduersæ afferebamus, scilicet a cessante ratione, ob promissionem de eligendo filium

lium secundi matrimonij, impeditum fuisse Ioannē de Heredia in primogenitum suum disponere eum, verè, ac perfecte, & sub lege irreuocabilitatis eligendo, quia de iure communi, ex eo, obligatus dare, vel vendere vni, si donat, vendit ac tradit alteri, dominum transfert, quia liberatur à primo soluendo illi interesse, quod succedit loco facti, vel rei, in viam iuris, secus in Aragonia, cum quis præcisse facere, vel tradere teneatur, tangit Plebanus post Molinnm, ver. pactū numero. 16. & 17.

Quoniā pro solutione animaduerto fundamētalem, potissimam, & ab interprætibus communissime receptam rationem, quare pręfertur secundus emptor, vel secundus donatarius, cui res antecedenter alteri vendita, vel donata, traditur de iure communi, & etiam in Aragonia (cum locum habeat in hoc Regno decisio d.l. quoties. C. de rei vend,) esse illā, quā tradidimus supra ex Ias. num. 3. & num.
64 39. in d.l. quoties, quod † primo in eo concurrūt duo requisita ad trāslationem dominij necessaria, nempe titulus, & traditio. Illud autem quod pro ratione dubium præsupponit, quod soluēdo interesse vendens, vel donans, aut promittens donare, aut vendere liberetur, nullus Doctorum cōsiderat pro ratione. Imò, & ex illis duobus requisitis longe potentius operatur traditio, quam titulus, in ea enim tota virtus alienationis consistit, vt eleganter, tractatum. l. quoties. prosequutus, docet Gregor. Lopez, in l. 50. tit 5. par. 5. glos. *dos vezes*, ante ipsam enim, vendens, vel donans semper manet verus, & absolutus dominus. l. pen. C. de rei vendicat. l. qui tibi hæreditatem. C. de hęredit. vendi. nec ius reale transfert, sed solum iuditio personali ad tradēdum manet obligatus. l. ex empto. de actio. emp. quæ tamē actio personalis tertium, in quem secundo dispositum est, cuiq; res tradita est, non sequitur. l. fin. §. fin. de contrahen. emptio. l. 1. §. si hęres percepto fundo. ad Trebel. Greg. Lopez supra, Couarr. lib. 2. cap. 19. numero. 2.

Rursus aduerto nec de iure cōmuni in terminis d.l. quoties. venditorem, aut donatorem liberari soluendo interesse si habet facultatē tradendi, imò tradere rem præcisse cogi ex concordi sententia omnium & vera interprætatione tex. in d.l. quoties. Quod enim dicitur in obligationibus facti succedere obligationem ad interesse, nec promittentem, facere præcisse compelli ex communi Bart. & omnium in d. l. stipulationes non diuiduntur. vers. Celsus. de verb. oblig. ex diuersis iuris principijs profiscicitur, diuersaque materia est, ab ea quam tractant DD. in d.l. quoties. Contineat igitur promissio Ioannis electoris eligendi ex filijs secundi matrimonij, obligationem facti, nempe futuram electionem, vt verba pręcise sonant, siue quoad substantiam, obligationem rei tradendi, vtroque tamen casu, si alteri donat, vel vendit, & tradit, in hunc dominium transfertur, isque priori pręfertur. Quod enim dicitur in Aragonia factum promittentem, non liberari soluendo interesse, sed teneri præcisse facere, & ita, vendere, tradere, eligere. Id habet locum, data facultate in pro-

mittẽte, alias succedit obligatio ad interesse, est namque actio resultans ex ea promissione mixta, si enim quando ea instituitur, promissor dñs est, potestatemque habet rem tradendi, ad id præcise compellitur, sin minus, quia alteri vendidit, donauit, alium eligit, cessat hæc, & intrat obligatio, vel actio, ad interesse glo. in. l. 1. in principio. de actionibus empti & in. §. pretiũ. de empt. & vend. & ex Bart. in d. l. stipulationes non diuiduntur. §. Celsus. num. 38. & alijs veriorem, & receptorem esse sententiam resoluit Couar. d. c. 19. num. 1.

Denique respectu consequutionis eius quod interest, quando
65 † obligatio, vel promissio continet factum, vel quando rem tradi, vt in venditione, vel donatione, obseruabitur in hoc Regno, quod ius commune disponit, in facto, quod soluendo interesse non possit ad factum vrgeri, in traditione rei, quod illam traddat, si tamen sit in eius potestate traditio, alias non, veluti, quando alteri cum vero titulo tradita est, post prioris tituli concessionem. Sed in hoc casu, & de iure, & de foro actione ad consequendum id quod interest consultum est primo emptori, vel donatorio, saltem quando donatio ex causa onerosa proficiscitur contra vẽditorem, vel donatorem. Quod si actionem petitoris, excludat hoc casu rei conuenti inopia, id velut accidentarium non habetur in cõsideratione, proptereaque vigilare debent contrahentes, & cautius sibi prospicere dum contrahunt, sæpè enim similes legum, & fororum dolores solent ipsos præmere, suntque benigne ferendi, quia & si durum videatur, sic tamen expræsso iure, vel expræssa iuris censura scriptum est, & cautum. Vt ex ijs merito concludam debile nimis esse hoc argumenti genus quod à cessante dicta ratione pro Hieronymo aduersario consideratur, nec ex eo conuinci, non solum actionẽ personalem, contra Ioannem, sed realem contra tertium possessorẽ, clientẽ nẽpe nostrũ, in quẽ verè bona hęc traslata fuerũt cõpetere. Imò contrarium omnino iuris est ex textuali, omniũ doctrina in d. l. quoties. in hoc Regno sepius obseruata, & vsu forensi recepta. Quæ tamen in Aragonia nusquam practicari posset, si promittens factũ ad id compelleretur in casu quo non esset in sui facultate illud prestare, quanto magis quod in effectu pars aduersa contendit ex promissione eligendi, electionem, ac ita bonorum promissionem, ac donationem subsultasse.

Idẽtidẽ quod tractationi huic permiscetur de tex. cũ materia in. l. si ita quis. §. ea lege. ff. de verb. oblig. & in. l. ea lege. C. de condictio. ob causam. & in. l. filius familias. §. diui. de leg. 1. ab ea prorsus extraneũ videtur, sicut & illud, quod subnectitur de tex. in. l. peto. §. fratre cũ suo tractatu, de leg. 2. Quamuis enim, saltem, quando ex contractu † res transfertur in aliquem sub 66
expræssa conditione, ne illam alienet, sed post obitum perueniat in filios, huiusmodi pactio in viã iuris communis non sit futura tantæ efficatiæ vt impediat dominij translationem in tertium respectu vindicationis rei. d. §. ea lege. d. l. ea lege. c. Raynaldus. de testam. sed in casu contrafactionis tenetur ad in

tereſſe,vt ſic pro regula conſtituit Pereg.ar.51.num.72. vbi vſque ad finem articuli multifariam eam ampliat, & reſtringit. Do tamen libenter parti aduerſæ (hæc eſt enim apud me veritatis vis) quod in hoc Regno,vbi res transfertur per cõtractum ſub prohibitione alienandi,taliter,quòd alienatio vetita ſit fauore certarum perſonarum filiorum,ſcilicet donatarij,ſequuta cõtra factione,iſti poterunt rem vinculo & fideicommiſſo ſub conditione alienationis in extraneum, ſuppoſitam vindicare à tertio poſſeſſore, nihil tamen quod ſibi proſit inde colligere poteſt. Applicatio enim harum iuris regularum, & conſequentia ex eis, tales ſunt in propoſito.Laurentius de Heredia donauit, & tradidit Ioanni filio, ſub prohibitione alienandi, & non ſolum in caſum contrafactionis, ex filijs alterum ſed diſpoſitiuè vocauit, commiſſa eligendi facultate inter eos Ioanni donatario,hæc eſt applicatio. Vnde ſequitur neceſſario de iure quod quia fuit diſpoſitiuè vocatus filius qui eligeretur, & idem (ſaltẽ in Regno & ſi vocatus tantum eſſet in caſum cõtra factionis,) quod ſi Ioannes donatarius in extraneũ diſpoſuiſſet,vel non elegiſſet,quod primogenitus iuris miniſterio vindicare bona poſſet à tertio poſſeſſore, hæc eſt conſequentia. Quæ omnia mihi(ſic expoſita) indubita-
67 ta de iure, † & praxi Regni ſunt. Sed à cauſa huiuſmodi prorſus extranea,Ioannes enim elector,in extraneos diſponere prohibitus, non alienauit in illos,ſed cum mire variauerit circa primos animi motus in electione, ac deinceps tandem in ipſo electionis actu, primo Ioannem primogenitum in ſuis pactis dotalibus, deinde Hieronymum in teſtamento eligendo, contenditur quis ex fratribus vera,certa, & habili electione nitatur, & quis eorum præferendus ſit. Quorum tamen diſceptatio,ſicut ex regulis,& doctrinis Doctorum in d.l.quoties, & proprius in peculiari electionis materia in d.l.ſerui electione.omnino,neceſſario,& præciſſe determinanda eſt à dominis æquiſsimis, & doctiſsimis Iudicibus,ita ſanè abijciendæ videntur aliæ regulæ, dictarum legum,tractatum omnino diſtinctum, & diuerſum continentium.

Vnde profluit, & conſequitur ſuperuacaneũ † eſſe recurrere ad 68
caſus falentiales regulæ d.l. ea lege. & d.§.ea lege,& d.§.diui.vt quãdo dominium tranſit abſque traditione in vocatum in caſum alienationis, tunc is rem tertio traditam auocet, quod ex Iaſo. Bald. Rolando. Imo. & Ripa docet Pereg d. artic.51.numer. 73 quoniam vigore inſtrumenti in hoc Regno verificata contrafactione ſemper tranſit, & ita ſemper regula contraria procederet. Sed hoc cõuinceret, quod ſi alienaſſet in extraneum Ioannes Elector, poſſet primogenitus rẽ vindicare ab eo, ſed cum ipſe tenax fuerit in diſponendo ad faborem filiorũ vocatorum, licet varius, in eligendo perſonam vnius filij,hæc limitatio,quæ potius in regno regula eſſet, non aplicatur, quin longo a caſu noſtro diſtat interuallo.

Niſi contendat aduerſarius ex promiſſione de eligendo filium ex hoc matrimanio, fuiſſe acquiſitum

dominum, quod tamen ex alijs iuris regulis determinandum eſt, ex quibus probauimus ratione ſuſpenſionis voluntatis, prætermiſſę formæ Laurentij, ſubſtantiæ actus legitimi ſuſpenſionem reſpuentis, ac incertitudinis, transferri non potuiſſe. At, nec etſi iſta omnia ceſſarẽt, fuiſſet translatum, dato quod de vno eligendo certo, & nominato, & iuxta formam partes pepigiſſẽt. Nã quod fertur ex praxi Regni antiquatam eſſe neceſsitatem traditionis ad tranſlationem dominij, & non procedere regulam tex. in l. traditionibus. C. de pactis, locum habet vbi à partibus agitur, quod transferatur, & ita verba recitant inſtrumenti, Molinus verb. Dominium, quæ adhuc admiſſa ea hypoſtheſi, deſiderarentur in caſu occurrenti.

69 Rurſus inde quoq; dimanat † non magis conuenire determinationi huius cauſæ ea quæ ſupra proponebantur, quoad inducẽdũ fideicõmiſsũ, & vinculum à pari procedere ſubſtitutiones contractibus factas, vel vltimis voluntatibus in hoc Regno, ac in eodẽ nihil intereſſe ad idẽ, verbis directis an obliquis vtatur diſpoẽns, ſicutenim vtrunq; conſtitutiſsimum eſt, ita nullum pro aduerſario præſtat argumentum, vocatio enim, & vinculum hic, ex diſpoſitione Laurẽtij ortum fuit, ad electionem vero verba apta, ſimplicia, pura, nõ ſuſpenſa, ad certum filium relata, cũ obſeruatione formę à diſponente præſcriptę deſsiderabantur, ſi hæc interceſiſſent ad faborem certi filij ſecundi matrimonij, præſentem electionem, & dominij bonorum tranſlationem importantia, nõ negarem, ex eis electionem colligi, ac reſultare, eſto quod nõn directa, ſed obliqua fuiſſent. Sunt tamen ea quibus Ioannes vſus fuit in dictis pactis dotalibus ſecundi matrimonij, directa, apertiſsima, clariſsima, ſed quæ apertam, directam, clarã promiſſionem deinde eligendi alterum ex filijs illius matrimonij ſolum importent. Prolata tamen ad vnum effectum, non poterunt diuerſum operari, obſiſtente pręmaximè incertitudine ſubiecti paſsiui, indiuidui, & certi filij maſculi in quem pro arbitrio exercendus erat actus completæ, & perfectæ electionis. Vt ex ijs neceſſario conſtet, & apareat, non aplicari quæ ex d. §. fratre. l. peto. cum concordantibus iure cauẽtur, ex vocatione nempe quibuſuis verbis cõcepta, etiam obliquis ad hęredem relatis diſpoſitiua illa ſit, vel in caſum contrauentionis, conditione verificata, ſic dominium acquiri, vt omnis diſpoſitio in extraneum facta ſit omnino nulla, & vocatus ab illo bona poſsit vindicare. Quoniam Ioannes, non ſubſtituit, nec diſpoſuit, nec elegit, ſed promiſsit eligere vnum ex filijs ſecundi matrimonij, & quamuis in bonis liberis id induxiſſet non tranſlationem dominij, ſed obligationem in illos diſponendi, at in bonis, ad quæ Auus vnum ſubſtituit ex filijs Ioannis, quem eligeret, neceſſaria erat diſpoſitiua, & indiuidua certi filij electio, & interim, non fuit conſumpta eligendi facultas, ex receptiſsima ſcholæ communis ſententia, & cenſura. Et ea non intercedente (pro vt non interceſsit) non poteſt conſiderari, quod illa verba poſteriorem habeant ſignificationem,

& ex

& ex præſupoſito includant diſpoſitionem de pręſenti anterioris actus præſupoſiti, iuxta exempla ex Alciato, & Barboſa ſæpius commemorata.

Quod enim obijcitur à Dominis Iudicibus, quod imò promiſsio eligendi filios poſterioris matrimonij, eſto quod ſuſpenſam de futuro contineat electionē, tamē pręſuponit actualem excluſionem filiorum cuiuſuis alterius matrimonij ex poſteriori ea ſignificatione verborum de futuro ab Alciato ſupra ex communi perpenſa, procedere poſſet (& in iſtis terminis loquuntur Baldus, Albarotus, Præpoſitus, & Guillermus Benedictus ſu-
70 pra) quando promiſsio † hæc fieret de bonis, quorum libera compètit promittenti diſpoſitio; tunc enim ex quo pollicetur eligere ſucceſſorem ex ſecundo matrimonio, facta, vel non facta electione, ex poſteriori hac ſignificatione verborū de futuro quæ virtualiter, & implicite inuoluit, ac neceſſario præſuponit, iam in illos antecedēter diſpoſuiſſe, cęterosq; excluſiſſe, faciēt omnes partes, ſi non promiſſit eligere ad formam maioratus. l. vnum ex familia. §. rogo. cum alijs de leg. 2. vel ſi vnū eligere permiſſit, admitetur maior natu, ex ijs quæ ex Gregorio Lopez, & Pelaez dicta ſunt, factis nempe bonis inalienabilibus, & indiuiſibilibus à vinculante, vt in vnum filium perueniant, quē commiſſarius elegiſſet, non ſequta vnius certa electione, ſemper eſſe vocatū filium inter omnes maiorem natu, quod ex Ioanne Licerier, & permultis alijs defendit, & probat tamquam receptiſsimum Anto. Gomez in l. 40. Tauri, num. 59. Nec communis illa ſententia poterit contra Ioannem retorqueri ex quo incertitudo Ioannis electoris, ſolum ſit reſpectu filij indiuidui poſterioris matrimonij, & ita, quod maior ex illis, & ſic Hieronymus ſit admitendus. Quoniā DD. admittunt maiorem reſpectu prioris voluntatis vinculantis, ac fideicommiſſum conſtituentis, hęc enim eſt, à qua ſucceſſio regulatur, & non ab alia diſpoſitione electoris, qui nihil potuit, niſi perfecte & complecte eligere, & omnes DD. qui diſputant caſum huius cōſtitutionis vinculi, vel maioratus electiui, ob non factam certam electionem, filium natu maiorem admittunt Angel. conſ. 281. Aretinus conſ. 164. ex quibus & Roderico Suarez in l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. teſtam. latè reſoluit, & commendat Grego. Lopez in l. 2. tit. 15. parte. 2. ver. maioria. Et ex Andrea ab Iſernia in c. 1. §. is de quo. de gradibus ſucceſſio. Pau. de Caſtro conſ. 179. in 1. Imola in c. cum in iure. de electio. in terminis non factæ electionis, (quibus non ſunt abſimiles termini electionis minus rectè, & illegitime factæ) ita reſoluit optimè Auendaño in l. 40. Tauri glo. 3. nu. 2. quibus & aſtipulatur Molina lib. 1. c. 11. num. 9. quamuis ipſe loquatur in maioratu, & non in ſimplici fideicommiſſo filio eligendo delato. Cæſat tamen hæc ratio euidenter in præſentiarum, ex quo Laurentius non tribuit Ioanni filio facultatem diſponendi de eius bonis, imó ipſemet diſpoſuit, actūque antecedentem celebrauit expræſſe ad faborem omnium maſculorum filiorum Ioannis conceſ-

so illi nudo ministerio electionis, ex qua vocatione ius erradicatum est ex dispositione Auui æquale in omnibus masculis, quod ab eis vel erum altero amoueri nulla ratione potest, nisi per certam, expræssam, perfectam, simplicem, ac purã certi vnius ex filijs Ioannis electionem, & quod amplius aduersarij nituntur tribuere Ioanni electori prædicto, vt in frustra, & partes scindens commissionem paternã, possit, modo vna conuentione, vocare filios secundi matrimonij, & implicitè excludere alios, deinde certum ex incertis verè eligere, hoc quidem à malo est, cum bonę, cõmuni, ac bene cõstitutæ iurispru dentię ab aperto repugnet, siquidẽ, fatentur omnes communissimè
71 † in.d.l.serui electione, non consumi, quid? nec in aliquo arctari, nec restringi, facultatem nisi ex electione omnino congrua, simplici, pura, certa, indiuidua, perfecta, & in.d.l. actus legitimi, & in.d. regu. actus legitimi, & interim vel variari, vel proprius loquendo primo eligere posse pro libito voluntatis. Ac etiã fatentur non minus communiter, DD. saltem semel quocumque actu concedatur, & quibusuis verbis concipiatur facultas eligendi, electorem posse variare, nisi dicta expresse fuerit lex irreuocabilitatis puræ, simplici, ac certæ electioni iam factę, vt ex ijs, quoquo se vertant aduersarij, comunibus & receptissimis Iuris regulis eorum intentionem aduersari facile possint aduertere.

Hinc vnico verbo diluitur quod sexto loco in principio proponebatur, alienationẽ factã ab hærede rerũ à testatore sub cõditione incerta legatarũ, vel hypothecam super ipsis impositã, adueniẽte conditionẽ, nullas fore, legatariumque eas ad libitum vindicare, aut ius hypothecæ in fringere posse, ex tex. & ampla glo. ibi in.l. fin. §. sin autem sub conditione. C. communia de legatis, cum relatis ad ipsius ornatũ à Pereg. art. 40. num. 7. Ludoui. Molina lib. 1. c. 12. 16. & 19. quod in Aragonia fortius procederet, ex prędictis enim ista nullo modo casui nostro possunt conuenire.

Quia Ioannes non elegit, sed eligere † repromissit. 2. Quia ipse non 72
poterat de ijs bonis disponere, de quibus Laurentius disposuerat. 3. Quia licet illa verba dispositionem inducere, & electionem potuissent, ea simplex fuit, & pura, & absque aliqua conditione ad faborem filiorum secundi matrimonij, verum est quod sub periculo resolutionis, & retractationis, si dominus, & dispositor fuisset bonorũ, tenuisset alienatio facta in Ioannẽ primogenitum alterius matrimonij, & tunc intraret materia tex. in d.l.fin.§.sin autem sub conditione. at non elegit, non disposuit, non potuit disponere, Auus ipse disposuit, nudum ministerium commissit electionis puræ, ac certi filij, hoc debuit specifice adimplere, id non præstitit, electio alias facta est nulla, ius eligendi liberum, & absolutum mansit, variatio etiam permitteretur, non præscripta lege irreuocabilitatis. Hę regulæ distant ferè inmense, ab illis, hæ decisioni caussæ proprissimè conueniunt, illæ sunt omnino diuersæ, & exterę, vt non videam qua ratione intentionem aduersarij confirment, nec Clientuli profligent, igitur hæ, non illæ

illæ attendendæ ſunt ad cauſæ determinationem.

Hinc quoq; diluenda eſt ea ponderatio, quam ex mente dominorum collegi in infirmationibus voce habitis, æquiparationis nempè, vtriuſq; electionis, & noſtræ, de Ioanne, & pretenſæ ex aduerſo, de Hieronymo. Cùm enim hæc natis filijs † reſoluta ſuſpenſione, exe-
73 cutionem habeat, ac velut ex retro tractione ſuo principio reſtituta vires ſumat ex tunc, in concurſu alterius deinceps factæ de Ioanne, in ſuis & Magdalenæ Anbert pactis dotalibus, præferri debet tanquā prior, quæq; prius dominium bonorum tranſtulit in Hieronymum. Diſoluitur tanquā ex eiſdem fonte & principijs iuris in terminis receptiſsimis. Hæc enim æquiparatio ſicut facile verbis proponitur, ita ſanè rem ab integro perpēdenti inintelligibilis, & ad caſum inaplicabilis videbitur. Quia præter quam quod aſſumit in facto pro conſtanti id, in quo omnes huius cauſæ anguſtiæ, ac diſputationes verſantur, ſcilicet validè, & integre, diſpoſitiuèq; elegiſſe Ioannē filios ſecundi matrimonij, eamq; electionem non ex alio, niſi quia non extitiſſent adhuc, periclitari, vel ſuſpendi. Cum non ex hoc periclitetur, nec ſuſpendatur potiſſimè, ſed ex quo non fuit vſus verbis aptis præſentem conſenſum importantibus ad electionem actualem inducendam, ex quo formam fideicommittentis non cuſtodiuit, & ex alijs omnibus prædictis, quæ non ſunt paſſim repetenda. Præ-
74 terea in quam, non † poſſet æquiparatio procedere, ex alio, nam ſtatim natis filijs, non purificatur prætenſa electio, nec tollitur incertitudo, imò pluribus natis eadem manet, quis debeat admiti? quæ inter alia ſufficit, vt maneat illeſſa facultas eligendi, & inde nec traxit executionem, nec fuit ſortita effectū, vſq; ad teſtamētū, ibi enim concepta, nata, & educata fuit electio Hieronymi, non enim concepta fuit in pactis dotalibus in indiuiduo, ſed ſub genere reſpectu filiorum illius matrimonij, eſſe tamen, & ſubſtantiam integrā habuit ex paterno teſtamento, quod cū antecedat Cliētis, pura certa, & ſub irreuocabilitatis pacto electio, hæc præferri debet, vt ſemper nobis aſſiſtat theorica Bartoli in d. l. ſerui electione, & in l. apud Aufidium. de optione legata, Quamuis enim vt iam pridem in prioribus ſcriptis ex communi Doctorū cenſura annotaui, quando electio trahit ſecum executionē, & trāſlationem dominij difficilius varietur, in ſpecie tamē noſtra nec conſenſus Ioannis, nec verba inſtrumenti iſtam executionem, vel trāſlationem dominij inducunt, imo illi repugnant, & pro actus ſuſpenſione adſtant.

Quid? nec caſui noſtro propriē iſta cōueniunt, quæ † procedūt de 75
electione legatario competenti d. l. apud Aufidium, vel creditori, in d. §. eum qui cærtarum. Nos vero de electione perſonæ ad fideicommiſſum diſputamus, cuius dominium in electum transferri non poteſt. Et ſi ad exemplum legatarij velint aduerſarij, quod miniſterio electionis, dominium rerum fideicomiſſi in electum tranferatur, hoc debet pendere ex illis regulis commemoratis an electio ſolēnis

 ſit, an

sit, an ritè facta, an perfecta, & producta in esse, an solũ cogitatione, aut ꝓmissione cõcepta, & an licet absoluta sit, variationi subiaceat, ex prædictis. Fateor quod executio, & traditio rerum vna cum electione posset variationem alias licitam prohibere, quod ex Ludouico de Molina supra probauimus, quamquam id efficacius præstet speciale pactum de non reuocando, quia sola translatio dominij in actibus sui natura legis dispositione reuocabilibus, irreuocabilitatem dificilius inducit, Exemplum in donatione causa mortis, licet bona tradantur, reuocari potest tex. expræssus in.l.Seia.42.de donatio. cau.mor. in specie Parisius cons.16. num.12.lib.2.latissimè declarat Barbo.in.l.quę dotis.num.111.solu.matrimo. Similiter dicendum esset in casu electionis ad fideicõmissum, lex enim, quæ ex ea vigore vinculi & vocationis transfert dominium, variationem permitit. Cæsabit tamen adiecto speciali pacto irreuocabilitatis, ex ijs, quæ in terminis donationis causa mortis tradit Barbo.supra nu.113.sicut etiam in maioratu traditio rerum, illum facit irreuocabilem, vt multis docet Barbo. supra num.115.vers.quod vt facilius. Saltem quãdo electio indefinitè cõmissa fuit, vt in casu occurrenti, vt tam in vita, quam in morte fieret, & quando electio facta fuit non causa mortis, sed inter viuos dominium transferendo, vt ita subterfugiamus contradictiones opinionum, quas in maioratu, vel donatione causa mortis videre est apud Petrum Barbosa, in d.l. quæ dotis, ex nũ.117.cum seqq. is enim casus, est apud omnes constitutus, quod donante, vel eligente inter viuos Ioanne electore sub lege irreuocabilitatis, reuocationi vlteriori locus esse non potuit.

Illud vnum obseruauerim, quod quando † electio, vel donatio (demus id modo aduersarijs citra veri præiuditium) quam fecisse dicũt 76 Ioannem ad faborem filiorum secundi matrimonij fuisset non solũ concepta, & promissa, sed in esse iam producta, at tamen mortis causa facta fuit, vt insinuant illa verba, ***tornen y peruengan***, quibus pollicitus fuit bona esse peruentura in filios illius matrimonij, quæ mortis commemorationem, & donationem illius causam includunt sic annotãt DD.de ijs verbis speciatim loquentes in. l. Centurio.de vulg. & in. l. precibus. C. de impuber. & in.c. Raynuntius.de testam.ac proinde quamuis dixisset legẽ expræssam irreuocabilitatis, prout non dixit, nec generalem, (vna dempta promissione obseruandi ea pacta,) adhuc reuocari posset, saltem in viam iuris communis, vt latissimè tradit, & resoluit Petrus Barbosa d.l. quæ dotis num. 121. vers. verius igitur. Quæ tamen omnia ex communi resolutione eiusdẽ, cessant, in electione facta de persona Ioannis, cum per eam, donatione inter viuos sub ex præssa promissione illã non reuocandi bona hæc transtulerit in ipsum, tamquam minister Laurentij fideicommittentis.

In idem tendit formula verborum, qua † Laurentius electionem 77 tribuit Ioanni, in suis, & Marquesiæ Boteller pactis dotalibus, disponẽs, quod eligeret ***a vn fill mascle legitim, y natural del dit*** Iuan de Heredia, ***lo que el dit*** Iuan de ***Heredia voldra.***

Quæ

Quæ quamuis indefinita sint ex actus natura tempus mortis pertingunt, cum in vita filios potuerit Ioannes procreare, ex notatis per DD. in l. cẽtesimis. §. fin. de verb. oblig. Vnde colligit aduersa pars potiorem futuram electionem factã de persona Hieronymi in suo testamento. l. vnum ex familia. in principio. & l. cum pater. §. à filia. ff. de leg. 2. vtpote, quod ante id tempus electio facta de persona Ioãnis nulla esset. Verum einmuero, nec antecedens procedit in facto, nec conclusio teneret, nec deduceretur ex illo. Verba enim cõmissionis Laurentij, (vt verum fatear) in definita sunt, & quę vtrũq; tempus complectuntur vitæ, & mortis, & ita potuit eligere, & in vita, & mortis tempore, vt non aplicetur textualis resolutio DD. in d. legibus, illæ enim loquũtur quando sub expræssa commemoratione mortis, illius tempus pro substãtia, & forma electionis, disponens desiderauit ex communi omnium in d. Iuribus, & Ludouico de Molina d. lib. 2. c. 4. num. 35. quæ tamen nulla talis facta fuit à Laurentio in præsenti. Sed neque vbi facta fuisset p rocederet consequentia. Primo quia nihilominus si per viam contractus dominium in electum inter viuos transfertur, tunc excluditur variandi facultas. 2. Quia saltim id procedit quando electioni, & contractui adijcitur expræssa clausula irreuocabilitatis, in quo Molina, Peralta, Barbosa, & communis schola cõuenũt: Cum itaq; illa adiecta fuerit in amplissima forma à Ioanne donationi, & electioni factæ ad faborem Ioannis filij sui primogeniti, nihilque tale dictum; quid? nec cogitatum aparat in prætensa promissione eligendi filios secundi matrimonij, necessario ex omnium DD. receptissima sentẽcia iudicandum est, priorem illam promissionem de eligendo subauditamque, & cõfictam executionẽ electionis, clausula irreuocabilitatis destitutam, reuocari potuisse à Ioanne in dictis pactis Magdalenæ Ambert, eam vero quam ibi fecit sub dicta lege irreuocabilitatis, nequaquam in suo testamento potuisse immutare, nec de iure Ioãni electo quicquam præiudicare. Vt ex ijs apareat Peraltam † in d. l. 78
vnum ex familia. in princ. num. 29. in expræso, & terminis nostram sententiam annotasse, ac tenuisse, in vtroq; membro & casu, non adiectæ clausulæ irreuocabilitatis, & eius interpositionis. Cuius doctrina nullo modo contra hanc partẽ flecti potest, & ratio est secundum Barto. in d. l. vbi ita donatur, quod per apositionem huius clausulæ actus, qui sui natura ad mortem vsque protraheretur reuocandus illam immutat, & sortitur naturam contractus, Ioan. Gutierrez de iura. confirmatio. 1. par. c. 12. num. 12. declarat Couar. de testam. in rub. 2. par. c. 14. & quamuis in constitutione maioratus, qui, maioratu manente, non videtur posse sortiri naturam contractus aduersus Ludouicum Molina lib. 4. c. 2. num. 4. huius clausalę effectum neget Barbosa vbi supra, num. 116. vt eo casu irreuocabilitas habeatur pro non expræssa ex. l. cum præcario. ff. de præcario, id confirmans ex Signo. Ias. Bolog. Mantica, & Tello Fernandez, addens non satis id percepisse Molinam d. cap. 2. numero. 52.

Nihilominus idem Barboſa in acti bus in quibus ex pręciſa forma ſub ſtantia, & natura non requiritur quod ſint vſque ad mortem conſti tuentis ſuſpenſi, & reuocabiles, tametſi alias ex legis permiſsione reuocari poſſent, clauſula irreuocabi litatis dictum ſuum effectum operabitur, cenſebitur enim tunc con tractus inter viuos celebratus, dicit magis receptum Rolandus cõſ. 8.num.26. & 37.in.1. Boërius dicis. 353.num.13. Couarr.rub.de teſtam. d.2. par.num.13. Matienço in.l.7. tit.10.glo.1.num.13.lib.5. noue reco pilatio. ſequitur contrarijs ſatisfaciens Barboſa vbi ſupra.n.117. verſ. cæterum hæc limitatio. Quæ omnia in caſu noſtro ſunt extra omnẽ diſputationem. Cum ius eligendi Ioanni à Laurentio patre in definitè fuerit demandatũ, & tam in vita, quam in morte illud explere poſſet, quo caſu huiuſmodi clauſula facultatem conſumit, & variationem excludit.

Et huius ſentẽtiæ fuit Melchor
79 † Pelaez p.1.de maioratu.quæſt.3. vbi quamuis in conſtitutione maioratus cũ clauſula irreuocabilitatis idem teneat, quod Barboſſa ſupra, & latè confutet ſententiam, & fundamenta Peraltæ in d.l. cum pater. §.à filia, numero.32 delegat.2. tamen quando conſtitutio illa ſecum traheret executionem dominijq; tranſlationem in filium actuſq; non haberet preciſſam naturã vltimæ volũtatis vt in præſenti idẽ obſeruat Pelaez d.1.p.q.30 num.12. & latius aduerſis Antoniũ Gomez in l.17. Tauri, numer. 24. ſequuta traditione excludi omnino facultatem variandi, eſto quod actus naturam vltimæ voluntatis haberet deffendit. quæſtione. 31. per totam.

Et quod ad propoſitum retulimus ſupra ex eodem Melchore d. quæſt.48. numer.59. punctuale, ac deciſſiuum eſt ad eum articulũ, in quo hæc pars Ioannis inſiſtit, numquam de Hieronymo fuiſſe factã electionem, tametſi ex promiſſione eligẽdi elicitus quidam conſenſus, & tendentia quædam appareat ad eligendum filios ſecundi matrimonij, & quamuis, vt ſupra diximus ex coniecturis contrariũ in verbo (volo eligere) dici poſſet in caſu Pelaez, vbi de certo eligendo agebatur: hæc tamen militant, in contrarium in ſpecie noſtra, in qua ad certum filium ille animi motus non ferebatur. Non diffiteor explicitam adfuiſſe voluntatem, & promiſſionem eligendi alterum ex filijs illius matrimonij, hæc vero, quantum, ab effectuali, expreſſa, & formali electione diſtet, quibuſq. rationibus ex communiſſima & omnium receptiſsima ſententia impedimento nulla ratione fuerit, nec obſtiterit electioni prefectæ de Ioanne primogenito factæ, ex pręcedentibus liquet apertiſſimè.

Quibus non refragratur tex. cuius meminit eo loci Pelaez † me- 80
mineruntq; ſæpè Domini ad propoſitum, & in materia capitalis in l. Pamphilio. §. propoſitum, de leg.3. vbi verbũ (volo relinquere,) inducit diſpoſitionẽ, ergo & verb. volo, vel promito eligere, debet in pręſenti inducere actualẽ, & perfectam electionem. Quoniam Bar to.in.l.gerit. de acq. hæredit. & in d.l.ſerui electione relatus à Iaſ. ibi num. 36. dixit id ſpeciale fuiſſe in eo

eo tex. ob congregationem amicorum, quod & Pelaez sentire videtur d. num. 59. Vberius tamen Iass. considerat concurrisse ibi sex requisita inducentia spontaneam ad disponendum de præsenti voluntatem, quæ latius recensent Barth. Socinus cons. 86. ex nu. 4. lib. 3. & Marianus cons. 179. ex nu. 25 lib. 2. ita Alciatus aperte tenet in d. l. serui electione num. 7. magis communiter receptum esse, ex ver. volo eligere, non colligi electionem, quod & Iass. tenuit ibi d. num. 36. vt speciale sit in eo tex. ob illas plures concurrentes circunstantias, quod sufficeret, vt in nostra specie, & casu regulæ adhæreamus. Libuit tamen adijcere ad propositũ nostrum nihil pertinere decissionẽ tex. in d. §. propositum, ibi enim vltra sex requisita a Ias. ex cõtextura d. textus deducta, cum testator in testamento id scripsisset, obieritq; sub ea dispositione mirum nihil, si valuerit illorum prædiorum fideicommissum, quod ad certam personam refferebatur, at in præsenti ad incertam de certis, fuit relata. Ibi testator de bonis suis fideicommitebat: Hic Ioãnes ex commissio ne Parentis certum, & indiuiduũ tenebatur eligere. Ibi multa concurrebant ad inducendam pręsentem delibrationẽ. Hic totidem ad inducendam suspensionem electionis, quamuis promisio de eligendo ex filijs secundi matrimonij fieret de præsenti. Ibi longe diuersa materia inducendi nempe fideicõmisũ. Hic vero faciendi electionẽ ex commisione primi disponentis.

Præterea in specie nostra Ioannes, quod voluit, † & fecit, de pręsenti fecit, inquirimus autem suæ veleitatis obiectum, an fuerit, ex tunc eligere filios dicti matrimonij: an potius velle promitere, & se se obligare alterũ ex eis deinceps eligere? & ex omnibus præcedentibus liquet, actum electionis fuisse suspensum in futurum, & de pręsenti solum sese voluisse adstringere, & obligare disponere in filios illius matrimonij, et in specie tex. in d. §. propositum, non fuit vsus verbis pręsentis temporis, sed futuri testator, scilicet, vellem relinquere, quæ cum perfectionem temporis, vel voluntatis non inducant vt post Iasso. aduertit Alciatus in. l. si quis stipulatus. 112. nu. 2. in fine de verb. obligatio. ex adiunctis tamen in eo tex. inducta fuit dispossitio fideicommissi de pręsenti, ex contrarijs autem adiunctis in casu nostro, quamuis promissio eligendi pręsens fuerit, electio autem quiditatiuè, & substãtialiter, necessario fuit suspensa in futurum tempus procreationis liberorum, & perfectæ alterius illorum nominationis, & electionis.

81

Denique ratio dubitandi I. C. in d. §. propositum, non fuit, an verba illa (vellem relinquere,) dispositionem contineant, cùm enim in testamentis semper accedãt testes rogati. l. hæredes palã 21. §. in testamento de testam. in illis, ex ijs verbis semper inducitur dispositio, vt optimè aduertit Alex. in d. l. serui electione, num. 6. at in codicilis ex contraria ratione, contrarium, Corneus cons. 149. num. 14. lib. 2. plures allegat Anto. Gomez. l. 3. Tau. num. 117.

Imo quãuis ea distinctio placuerit dictis DD. verius est hęc verba

82 in quacũque † vltima volũtate inducere dispositionem, cum enim sub ea testatione moriatur disponens, postquam iam aliud velle, nõ habet, efficaciter id voluisse, ac perfectè disposuisse credẽdus est, collecta præsumptione ex natura actus cui non conueniunt primi motus disponendi, nec consensus elicitus, sed perfecta, & absoluta dispositio tex. in l. & eo modo. 118. de leg. 1. l. si pater. 47. §. fin. de fideicommiss. libertat. & in ijs terminis vera est doctrina Barto. in d. l. serui. num. 4. vt per Iasson. ibi numer. 44. Alciatus in d. l. serui. numer 7. vers. vnde arguitur. In alijs autẽ actibus, contrarium procedit quia cum verba sonent suspensionem, & natura actus illam patiatur & admittat, non resultat dispositio, sed elicitus ad illam peragendam deinceps consensus, quod non solũ in verbis sui natura suspẽsionem inducẽtibus vt in casu nostro, in quo desideratur electio, cũ alioqui certum subiectum deficiat in quod possit cadere voluntas Laurentij vocantis, Socinus Iunior d. cons. 179. nu. 14. & 19. sed & in alijs in quibus ea verba ad certam rem vel personam refferantur, hęc est illa sententia glos. in d. l. serui electione. recepta vt per Iasso. num. 21. Ripa. 17. nisi quando significarent hæc verba posteriorem voluntatẽ, ita vt inuoluerent actum antecentem, quod fuisset in pręsenti verbũ dare promito, vel dare volo, filijs huius matrimonij bona fideicommissi Laurentij de Heredia, tunc adessent verba executiua, quæ ex posteriori quã importãt significationem, præsuponerent electionẽ tanquam antecedens necessarium l. huiusmodi. 86. §. Stichũ. de leg. 1. Iass. d. num. 21. Ripa d. num. 18. Alciatus d. num. 7. Et in præsenti tametsi talia verba executiua adfuissent, adhuc ratione incertitudinis filij determinati, & ob non seruatã formam à Laurentio præstitutam nulla extitisset, illesumq; ac integrũm cum arbitrio libero mansisset ius eligendi, vt præter supra allegatos probat Roma. cons. 329. numer. 2. & allegati ab ipsis ęquiparantur enim nullum, & in efficax glossa. fin. in. l. 2. de condictione ob turpem causam, quam Iass. commendat in. l. si dari. nũm. 3. de verb. oblig.

Et quãuis dubitari soleat, an electione † semel facta, & si non teneat, ius eligendi censeatur consumptum, & censeri teneat Rota. 22 in antiquis. n. 20. ex tex. in. l. si cõ promissarius. 37. §. 1. de electione, notat Bart. in. l. 2. §. 1. nu. 5. de optio. leg. docent receptum Aret. in d. l. serui. ibi Alex. nu. 7. Alcia. 5. At hoc numquam habet locum, quando vt in casu præsenti nullitas electionis resultat ob inobseruantiã formę fideicommittentis l. quid tamen. 75. de arbitris Barto. d. l. 2. §. 1. nu. 4. de op. leg. & si scienter forma prætermitatur dicit communem Tellus in. l. 35. Tau. num. 2. 83

Hæc autem nullitas, quæ ob incertitudinem filij electi, & in obseruantiã formæ Laurentij subsultat, saluari ex eo non potest, quod nascituris quoq; post mille annos filijs substitutionibus, & vinculis possit præcaueri, ac prospici. l. cũ ita. §. fideicommissum. l. peto. §. fratre. de leg. 2. l. filius familias. §. diui. de leg. 1. Ludo. Molina de Hispan. primoge. lib. 1. c. 4. lib. 4. c. 8. & 9. id

enim

enim & de iure, ac praxi Regni certo certius est, sed dictæ nullitati, in obseruantiæ, ac incertitudini nequaquam opponitur, quia Ioannes non sub appellatiuo nomine filiorum, nec sub promissione incertũ ex certis, eligendi ius habebat, sed speciatim, & particulariter vnum certum, ac indiuiduum nominare, & eligere tenebatur, alias que nulla est electio, non quia non natis relinqui nõ possit, sed quia incertitudinis, & omissæ formæ prætextu illis nõ relinquit, quod voluit enim, prospicere scilicet omnibus, adimplere nequiuit obsistente dispositione Laurentij, quod potuit autem; nempe vnum certum eligere, eidem satisfaciendo, noluit, & inde ex toto vitiatur ille actus.

84 Ad hæc, ex eadem †resolutione fieri potest satis, difficultati. 8. loco propositę in informationibus sæpius ponderatæ, ex obligatione nẽpe, & hypotheca constituta a Ioãne de Heredia electore in dicto instrumẽto pactorum dotalium pro obseruatione contentorum in illo fuisse impeditam electionem de persona Ioannis de Heredia factã, ac bonorum huius fideicõmissi in ipsum translationẽ, ita vt nulla ea existente, res per Hieronymũ possint a tertio vindicari per tex. in l. si creditor. §. fin. de distractio. pigno. Quia principio respondeo, prohibitionem hanc disponendi in filios alterius matrimonij (demus modo quod ea expræssa fuisset pro vt non est, sed subaudita, & implicita, ex quo promissit in filios secundi matrimonij disponere) de iure non impedire dominij translationem, quando fit in contractu vt in præsenti, sed solum alienantem obligare ad interesse Barto. in l. filiu fam. §. Diui. numer. 14. cuius sententia communis est ex Ripa ibinumer. 84. Anto. Gomez in l. 40. Tauri. num. 13. Gregorius Lopez glos. non vale in l. 43. titulo. 5. p. 5. Et quamuis glosa. in Auth. vt de cætero commutatio non fiat verb. licentiam, & Crotus in d. §. Diui. num. 87. contrarium velint, contractusq; & vltimas voluntates in hoc æquent; pręcedens tamen sententia verior, & recepta est, ac proinde in praxi obseruanda ex rationibus differentię cõsideratis a Iasson. in d. §. Diui. 1. lectura ex nu. 86. secunda ex num. 105. Quarum illa solidior videtur, quod prohibitio alienandi in vltima voluntate, habet vim legis, quæ dominij translationem impedit. l. 3. §. sciendum. de donatio. inter. l. non dubiũ. C. de legibus. Quod secus est in dispositione contrahentium, sicut enim sola illorum voluntate dominium trãsferri nõ potest d. l. traditionib⁹ ita nec impediri eiusdem translatio, vt contrariorum eadem sit disciplina, sentit glos. 2. in d. l. ea lege C. de cõdictione ob causam, & exprimit Alciatus num. 35. in d. §. Diui. Vbi tamẽ contractus talis esset, quod ex eo solo transferretur dominium ipso iure ex sola conuẽtione, tunc, quia antecedenter iam esset plene translatum, impediretur dominij translatio Bal. in l. peto. §. fratre de leg. 2. Ias. d. §. Diui. 2. lecta. num. 126. Ripa numer. 92. Alciatus. num. 37. Exemplum in donatione causa mortis, in qua pactũ adiectum de non alienando impediet translationem dominij Raph.

Cuma.in d.§.Diui.in fine,& ibi Iaſ. num. 88. 1. lectura, & 2. num. 158. Gomez in l.40. Tauri, numero.37. cum interpratatione tamen ſupra ex Petro Barboſa tradita. Húc quoque expectant quę tradunt Iaſ. in l. ſi ita quis.§.ea lege.numero.34.de verb.Palacius Rubeus in Repetitione rub. §.16. numero.13. Cùm igitur in contractu appoſita fuerit prohibitio hæc,quam aduerſarij prætendunt, non diſponendi in filios alterius matrimonij,diſpoſitione tamen facta in Ioannem,is dominus erit effectus, quidquid promiſſorem de intereſſe teneat actio.

85 Secundo Reſpondeo † iura adducta in dubio non conuenire facto præſenti,quoniam in illis ſimul cum prohibitione alienandi præcedit titulus tranſlatitius dominij, taliter quod trãſlationi ſolus obſtet traditionis realis defectus, vt patet ex d. Iuribus, potiſſimum. ex d.l. ſi creditor. §. fin. de diſtractio pigno,emendato per Anton. Auguſtinum libro. 4. emendatio. cap. 17. & caſu quo extenderetur ſecundũ literam vulgarem ad ius hypothecæ, illud intercedit explicitum, & expreſſum, ac diſpoſitiue de præſenti introductum, tunc enim ſi res illa alienari prohibeatur ad faborem alterius cui vel dominium, vel aliud ius conceditur ſimpliciter, & perfecte, tunc, alienatio ſequuta non tenet extolit Barto. d. §.Diui. numero.14. Ripa numero. 87. Soarez allegatione. 1. numero. 16. Caſancus rub. 11. §.3. numero. 31. Antonius Gomez d.l.40.numero.28. Couarru. lib.3.cap.7.numero.6. Ita videmus in conductore, qui quando ſola adeſt hypotheca expelli poteſt ſi ei offeratur intereſſe Bartol.in.l. emptionem.numero.2. C. de locato; Couarru. reſolu.lib.2.cap.15.numero.3.adiecto tunc pacto de non alienando non expelletur Suarez in l. poſt rem iudicatam.1. limitatione, numero.8. Gomez.2.tom.cap.3.num.9.At in caſu noſtro nihil tale reperitur, ſola enim adeſt promiſsio diſponendi in filios illius matrimonij,nullus tamẽ titulus de præſenti, nullum ius eficax certum, & purum, ſed in ſpe ſolum competit, & ita (eſto quod talis adeſſet hypotheca) non conuincerent illa iura, nec rationes, aut auctoritates ſtringerent.

Tertio reſpõdeo † ſecundũ aliquos hypothecã deſiderari, nõ ſolum prohibitione alienandi, ſed et titulo anteriori roboratam, tunc enim ſecundus titulus nullus eſt, quoad limitationem d. l. quoties. C.de rei vindicatione,notat ibi Iaſſo. num. 28. cum multis Doctores Couarru. libr. 2. capit. 19. num.7. Anto. Gomez.2.tom. capit.2.num. 20.ad finem.Imò neque impedire poteſt tranſlationem dominij ex ſecunda venditione vel donatione, ſi ex priori traſlatũ nõ fuit Baldus in d.l.ea lege.num.5. Salicetus numero.7. Eureardus conſil. 6.col. 4. ſed transfertur non obſtante prohibitione & hypotheca. Ratio eſt quia cum pactum de non alienando ex ſe non habeat vires impediẽdi dominij translationem, non debet eas conſequi ex hypotheca quæ acceſſoria eſt argumento tex. in l.quod per manus de iure codi. 86

Sed quia hoc contrauerſiam admittere

87 mittere poteſt, quarto eficaciter † Reſpondeo, nullam in caſu noſtro talem dari hypothecam, quoniam res ipſa alienari prohibita debebat ſpeciali ſubijci hypothecę ad hoc vt haberet locum aduerſæ partis fundamentum, nec generalis ſuffi cit Neguſantius de Pigno.1. membro.2. par. num. 5. Couarru. lib. 2. cap.15. num.3.ad finem.Barto. in l. qui abſenti.§.2.de acquir.poſſeſ. & cum infinitis ita tenet Peregrinus artic.51.num.77.& quamuis plures ibi refferat tenentes, imo ſufficere generalem hypothecam cum prohibitione alienandi; vltra quos eiuſdem opinionis fuerunt Socin. Iun. conſ.129. num.4. in 2. Gratus conſ.95 numero.12. lib.1. Caſaneus rub.11.§. 3. num.33. agnoſcit tamẽ Peregrinus noſtram opinionem re quirentem adhunc effectum hypothecam ſpecialem, vti veriorem ſic & receptiorem eſſe. Cũ igitur nulla adſit hypotheca ſpecialis, ſed ad ſummum generalis pro obſeruatione contentorum in illis pa ctis dotalibus, ceſſat omnino vis, & ponderatio huius, aduerſæ partis ſundamenti.

88 Quinto vt ſæpe diximus † nulla adeſt diſpoſitio de præſenti, ſed ſo lum promiſſio ad diſponendum deinceps, neque in his bonis adijcere potuit hypothecam Ioannes obſiſtente vinculo Laurentij, & ita extranea quoque eſt huiuſmodi in ſpectio à materia noſtræ litis. Ac denique licet vera præceſiſſet electio, ex alijs iuris principijs potuit reuocari, quia cum non fuiſſet facta plenè, perfectè, nec ex forma diſponentis, non obſtante quacunque hypotheca licet ſpeciali potuiſſet reuocari, vt ſupra latiſſimè.

Sexto deniq; quãtumuis † hic interceſiſſet electio, & nominatio perfecta, & ita adeſſet titulus aptus natus transferre dominium & adeſſet ſimiliter hypotheca generalis Ioannis de Heredia, & diſpoſuiſſet de ſuis bonis, & cauiſet ne alienarẽtur, adhuc (ſublatis & deficientibus verbis tranſlatitijs dominij prout deficiunt in hoc caſu) nõ impediretur libera diſpoſitio; & tranſlatio dominij in ſecundum do natarium, cui res tradita eſt Salice. in d.l.ea lege. 4.opoſitione. Alex. d.§. Diui. num. 16. Ripa num. 86. cũ diſtinctione tamẽ Peregrini d. artic.51. nu. 78. Vt ſi venditioni ſerui adijciatur pactum ne alienetur in Titiũ, ſeruusq; venditus pro ſecuritate promiſsionis hypothecetur ſpeciatim, impediatur eius trãſlatio. Alias ex prohibitione & hypotheca generali; neque quam. Cum igitur Ioãnes nihil horũ præſtiterit in dictis pactis dotalibus, ſed ſimplicem ſolum fecerit obligationem, vel promiſsionem diſponẽdi in filios illius matrimonij; nullis adiectis clauſulis trãslatitijs dominij de præſenti. Nec Domina Beatrix de Foces filijs proſpexerit, curando quod aponeretur huiuſmodi pactum explicitum non alienandi in alios, & hypotheca ſpecialis horum bonorum, nec vſa fuerit ali qua ex cautelis, quas ex Barto. in d.§.Diui. & Oldrald. in conſ.139. in 3.& 4.dubio, & alijs per multis refert Peregrin.d. artic.51. nume.81. & 82. ſecure tenendum eſt non obeſſe prætenſam promiſsionem de eligendo, nec obligationem, nec 89

hypothecā generalem Ioannis, verę electioni de persona Ioannis primogeniti ad huiusmodi fideicommissum.

Septimo tandem, quia nec huiusmodi iuris principia prohibitionis alienandi, vel pacti de non alienando in alium, sub hypotheca bonorum, conueniunt omnino casui nostro, qui aliàs decidendus est ex regulis particularibus, quæ dictant hanc electionem certam, & specificā esse debere, aliquando que variari eam posse iuxta theoricas, & regulas supra latius enucleatas.

90 Ex præcedentibus euanescit † omnino subterfugium partis aduersæ ad doctrinam & aplicationem tex. in d. l. quoties. Vt enim ex in formationibus collegi à Dominis, illud petit ex quo vigore clausulæ constituti translatum videtur dominium a Ioanne in filios secundi matrimonij ex ficta traditione rerum huius fideicommissi ex illa resultante ex l. quod in eo. & l. quædam mulier. de acquir. poss. l. certe. §.1. de præcario Anto. Gomez. l.45. Tauri. nu. 92. & 2. tomo. resol. cap. 2. numer. 20. cùm alijs per Peregr. sup. num. 79. Nam vltra ea, quæ superius annotaui, in occurenti casu desideratur titulus actualis, is enim solum fuit repromissus in posterum concedendus. Et si aduersarius vult eā promissionē, tituli vice fungi: tunc desiderabitur pactum in alios non alienandi, & si plura singularia, diuersasq; specialitates inculcādo citra contrariæ veritatis prędiciū dederimus vtriusq; & tituli, & pacti de non alienando vice fungi eā promissionem aduersus verba, & mentem Ioannis, (quæ procul fuit à præsenti electione, & actuali donatione) adhuc desiderabitur clausula constituti, ad inducendam huiusmodi fictam traditionem, quoniam tametsi adsit in dictis pactis est aposita pro securitate promissorum in illis, ita vt pro illorum obseruatione Ioannes bona sua hypothecauit, eademq; ad eum effectū constituti, & præcario nomine possidere promissit pro restituę da dote D. Beatricis, & dicamus etiam & pro adimplenda fide promissorum, & in indiuiduo pro nominando & eligendo ad huiusmodi fideicōmissum filium illius matrimonij, operabuntur isthæc omnia, vt pro consecutione eius quod interest recursum habeat & obtineat, iure tamen crediti pars aduersa, vna cum alijs filijs masculis, ex prima promissione, vel solus ex secunda nominatione testāmento facta, quæ ad excludendos fratres vterinos in actione ad interesse sibi potest prodesse, at nullum effectum habebunt quo ad translationem dominij, cum nec ad eum apositæ sint illæ clausulę, sed iure hypothecæ pro securitate promissorum.

Vt inde constet nihil obesse, voluisse contrahentes, † in dictis 91 pactis D. Beatricis de Foces quod hipotheca, seu obligatio generalis pro obseruatione contractus sortiatur vim specialis, quod induxisse posse videntur partes in Aragonia ex Molin. verb. obligatio. Nam id non nego, vere tamen contendo solū intercesisse pro obseruatione promissorum, non tamen pro non auocan-

auocando dominio nondum conceſſo. Nec enim dictum, vel actum, eſt quod tranſiret dominium in filios illius matrimonij, ſed Ioãnes promiſsit illorum alterum eligere ad ſucceſsionem. Quinimo tametſi de præſenti fuiſſet translatum vi cartæ & inſtrumenti iuxta diſtinctiones ſupra traditas potuiſſet reuocari electio, & etiã locum habuiſſet communis traditio Doctorum per tex. ibi in d. l. quoties. à quo praxis, Regni, qua dicitur transferri dominiũ abſque traditione per inſtrumentum paſſiuam recepit interpretationem, vt id procedat, non ſequuta poſteriori venditione, donatione, aut alio titulo, vna cum reali traditione. Eſt enim indubitatũ, quod quantumcunque titulus ſit ſimplex, plenus, abſolutus, perfectus, roboratus cum clauſulis tranſlationis dominij; ac poſſeſsionis etiam per conſtitutum, vel præcarium, ſi tamen alteri venditur, donatur, vel alio titulo conceditur res, & traditur, habet locum communis regula tex. in d. l. quoties, & in d. l. ea lege, & in d. §. ea lege. cum declarationibus, limitationibus, & ampliationibus quas illæ regulæ dictarum legum recipiunt de iure communi, & mirarer multum, ſi id doctoſsimi Aduocati partis aduerſæ vocaſſent in contrauerſiam contra expræſam deciſſionem fori. 2. de emptione, & venditione. & reſolutionem Molini verb. venditio. verſ. venditio alicuius rei ſedentis & verb. dominium, in princ. verſ. hodie vero habes forum nouum.

Vbi expræſius id confirmat, & allegat forum. 2. de colluſio. deteg. qui tamen non tam conuenit terminis noſtris, quam d. forus. 2. de emptione & vẽditione. Et quod † dicta l. quoties. in hoc Regno 92
ſit recepta, vltra Molinum ſupra & Plebanum in vtroque loco, patet ex Iudicatis in hac Curia, die 17. Februarij. 1590. quo poſitus fuit in deliberatione, (refferente integerrimo D. Doctore Ioanne Lopez de Baylo tunc Locumtenente meritiſsimo, & ſedentibus in Conſilio, Illuſtriſsimo Domino don Martino Baptiſta de La Nuza Iuſtitia Aragonum, & Dominis Doctoribus Ioanne Gazo, Ioanne franciſco Torralua, & Hieronymo Chalez) proceſſus Ioannis Moles ſuper compulſa. In quo, cũ ipſe fretus quadam venditione ab Iſabella Chriſtian poſtularet compulſam ſibi concedi pro extractione nonnullorum inſtrumentorum cenſualium, contra notarios, qui illa fuerant teſtificati, illam impugnante Domino Doctore Ioanne Lopez Galuan, Guuernationis Aragonum nunc meritiſsimo, ac integerrimo Aſſeſſore, auditis partibus, & magno prẹuio examine, fuit deliberatum, compulſam Ioanni Moles fore cõcedendã, reſpectu duorũ cẽſualiũ ex quo licet quatuor fuiſſent propter nuptias donata Cæciliæ Malo, & d. Domino Aſſeſſori, non fuerunt tradita niſi duo ex ipſis, cum que Ioanni Moles fecerit venditionem omnium bonorum Eliſabeth Chriſtian penes ſe poſſeſſionem inſtrumentorum aliorum duorum cenſualium retinens, & hæc præceſſerit confectionem capitulorũ

matrimonialium Cæciliæ Malo, quamuis donatio conſenſu præceſſerit ad faborem dictorum cõiugum, prælati fuerunt coniuges prædicti reſpectu duorum cenſualium, in quibus non ſolum titulum donationis, ſed & traditionem habuerunt, in alijs vero duobus, ex contraria ratione aduerſarij, vt nemini dubium eſſe poſſit d. l. quoties.ex prædictis cõſtituiſſima praxi in hoc Regno eſſe receptam.

Soleo ego (integerrimi, & eruditiſsimi Domini Iudices) vrebiori ſermone cauſas per tractare, ſed parcant benigniter, obſecro, quod calamus ferbuerit, prolixiorq; fuerit, quam deceret, etenim conſultatio hæc ardua, dificilis, & inuoluta eſt, & ab Aduocatis doctiſsimis partis aduerſæ, in tot capita, (a Dominis quoq; multũ in informationibus ponderata) in totque articulos diſtributa eſt, vt omnibus occurſurus, magis contineri, nequiuerim. Quamuis ſi inter nos conueniſſemus Aduocati vtriuſque fratris, in quibus terminis huiuſcemodi negotium eſſet pertractandum, & reſoluendũ, magna pars dictorum poſſet reſecari. Quecumq; autem dixerim (ex quibus dubio procul bonum ius fouere in hac cauſa Ioannes de Heredia primogenitus Ioãnis electoris, & Hieronymo fratri præferendus videtur) correctioni, & cenſuræ veſtris libentiſſime ſubmito.

Michaël Paſtor.